

(٧٨٢)

المسائل التي قيل فيها

لا يجتمعان

عند الأحناف

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٤هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

" ﴿ باب من يوجب الصيام على نفسه ﴾

قوله : يفطر ويقضي وقال زفر والشافعي : لا يقضي لأنه لم يصح نذره لأن المنذر به منهي عنه وإنا نقول : بلى هو منهي ولكن لغيره فلا يمنع صحة النذر

قوله : فعليه يمين هذه المسئلة على ستة أوجه : إن نواهما وهو النذر واليمين جميعا كانا نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف : كان نذرا خاصة وإن نوى اليمين لا غير كان نذرا ويمينا وعندهما وقال أبو يوسف : كان يمينا خاصة وإن نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا كان يمينا خاصة بالإجماع وإن نوى النذر لا غير أو نوى النذر وأن لا يكون يمينا أو لم ينو شيئا كان نذرا خاصة فالحاصل أن أبا يوسف أبى الجمع بين النذر واليمين لأن هذا الكلام للنذر حقيقة ولليمين مجاز والحقيقة مع المجاز **لا يجتمعان** تحت كلمة واحدة فإن نواهما فالحقيقة أولى بالاعتبار لأن الحقيقة معتبر في موضعه والمجاز معتبر في غير موضعه والشئ الواحد لا يكون في موضعه وفي غير موضعه وإن نوى اليمين لا غير تعين المجاز فلا تبقى الحقيقة مرادة ولهما أن في النذر معنى اليمين فإن فيه إيجاب الصوم على نفسه إلا أن في النذر إيجاب الصوم لنفسه وفي اليمين إيجاب الصوم لغيره وهو أن لا يصير هاتكا حرمة اسم الله (تعالى) وهذا المعنى لا ينافي النذر إلا أنه غير معتبر فإذا نواه فقد اعتبره فيلزمه الكفارة وهذا ليس جمعا بين الحقيقة والمجاز وإنما هذا عمل بالشبهين : كالهبة بشرط العوض بيع انتهاء هبة ابتداء والإقالة فسخ في حق العاقدين وبيع جديد في حق الثالث وليس طريقهما طريق الجمع بين الحقيقة والمجاز وإنما طريقهما العمل بالدليلين فكذا هذا

قوله : فلا شئ عليه وروى عن أبي يوسف ومحمد أنه عليه القضاء اعتبارا للشروع بالنذر كما في سائر الأيام وجه ظاهر الرواية المؤدي لم يجب حفظه فلا يجب القضاء بتركه ." (١)

" ﴿ مسائل من كتاب الطلاق لم تدخل في الأبواب ﴾

قوله : عنين هو من لا يصل إلى النساء أو يصل إلى الثيب دون الأبكار وذلك إنما يكون لمرض أو ضعف في خلقته أو لكبر سنه أو أخذ من النساء بسحر

قوله : خيرت لأن البكارة أصل وعدم الوصول بناء عليها وإن قلن : هي ثيب فالقول قول الزوج لأن قول النساء ليس بحجة فوجب تحليفه وإنما يثبت الثيابة بقول النساء لا الوصول فإن حلف فلا حق لها وإن نكل خيرت

قوله : قول الزوج لأنه أنكر حق الفرقة فإن حلف فلا حق لها وإن نكل خيرت

قوله : واختارت نفسها فحينئذ يقول له القاضي : فارقها فإن فعل وإلا فرق القاضي بينهما وكانت الفرقة تطليقة بائنة عندنا وقال الشافعي : هو فسخ

---

(١) النافع الكبير، ص/١٤١

قوله : لاعن امرأته اللعان شهادات مؤكدات بالأيمان موثقاة باللعن والغضب وعند الشافعي (رحمه الله) أيمان مؤكدات بالشهادات وصورته أن يقوم الرجل بين يدي القاضي فيقول : أشهد بالله إني لصادق في ما رميتها به من الزنا أربع مرات ويقول في الخامسة : إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين في ما رماها من الزنا ثم يقوم المرأة فيقول أربع مرات : أشهد بالله إنه لكاذب في ما رماني وفي الخامسة : إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين وهو قائم مقام حد القذف في جانب الزوج وحد الزنا في جانب المرأة

قوله : **لا يجتمعان** اعتمد أبو يوسف على ظاهر قول النبي صلى الله عليه و سلم : [المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا] ولهما أن اللعان شهادة بطلت بالرجوع والشهادة متى بطلت يجعل كأن لم يكن

قوله : لا يجبر لأن نفقة غير الوالدين والمولودين بناء على الوراثية بالنص ولا وراثة بين الكافر والمسلم فلا يستحق النفقة

قوله : بحيضة أخرى لأن الاستبراء يجب على مالك الجارية بملك اليمين إذا أراد الوطىء فكان سببه إرادة الوطىء بملك اليمين وذلك لا يتصور إلا بعد القبض فلا ينوب الأول منابه ." (١)

" تعريب خنبه والملاحة بتشديد اللام منبت الملح وقوله في الكتاب السفينة بألواحها وعوارضها ودقلها وشراعها وطللها وسكانها ومراديها ومجادفها وقلوسها العوارض الخشبات المعرضية فوق الألواح المشدودة عليها جمع عارضة والدقل الخشبة الطويلة التي تعلق بها وفارسية تيركشتي والشراع بادبان وطلل السفينة بالطاء غير المعجمة غطاء يغشى به كالسقف للبيت والجمع إطلال والسكان دنبال كشتي والمردي بضم الميم وتشديد الياء عود من أعوادها تحرك به والمجدف ما في رأسه لوح والقلس بفتح القاف وسكون اللام الحبل الغليظ والأنجر والمرسلة لنكر بيت الطراز المحاكة وفي كتاب العين الطراز الموضع الذي ينسخ فيه الثياب الجياد والوهدة بسكون الهاء الحفرة التي يجعل فيها الحائل رجليه الطست مؤنثة أعجمية معربة لأن الطاء والتاء **لا يجتمعان** في كلام العرب في كلمة واحدة وقيل الطس وجمعها الطساس وتصغيرها طسيسة وقيل لطساس وطسوس أيضا في جمعها والرقاق بالضم الخبز الرقيق واحده رقاقة وجمع رغيف رغفان والميف بكسر الميم المنسفة وفارسية بر والمحور دسورة والمراح موضع تراح فيه الغنم وتبات فيه والمعاليق جمع معلاق وهو ما يعلق به اللحم ووضم اللحم خوانة والغضائر جمع غضارة وهي القصعة الكبيرة والطخبير باتله وسطامه معلقته والمهراس من الحجر والخشب ما يدق فيه الحنطة من الهرس وهو الدق والمنحاز الهاون ويده قائمته اشترى كذا أوقية رباعية وكذا أوقية نصفية وبشارة كبيرة وبشارة صغيرة الأوقية أربعون درهما البشارة بالضم بطة الدهن شيء صفري له عتق إلى الطول وله عروة وخرطوم كانون ذو وطيس الكانون المصطلى والوطيس التنور وقيل حفرة يختبر بها ويشوى فيها والهدبد اللبن الخاثر جدا وهو الصقراط والأصل هدابد فقصر المماخض جمع ممخضة وهو الإناء الذي يمخض فيه اللبن والمراكن الأجانة والمداك والصلوة والصلاية واحدة وهو الحجر يسحق عليه الطيب والمدوك ما يسحق به ومن ظن أن الصلابة والمدوك واحد فقد سها ومن أدوات الفقاعي خيرزانات أربع وخطاطيف أربعة جمع خيرزان بكسر الخاء فارسي معرب والخطاف عود طويل في رأسه حديدة معطوفة يجر به الجمر

---

(١) النافع الكبير، ص/٢٤١

ومن أدوات الحداد الكير الزق والكور المبني من الطين ويسمى الأتون والمنفح والمنفاخ شيء أجوف طويل يتخذ من حديد فينفخ فيه والعلاة السندان والمطرقة ما يضرب به الحديد والفطيس ما يكون أعظم منه وهو بالفارسية بتك والكلوب حديدة معطوفة الرأس أو عود في رأسه عقافة من حديد يجر به الجمر والجمع كلاليب والناستج معروفة وقد يقال له النشا وقوله الكرم بحائط مبني بساقين أو ثلاث ساقات الساق الصف من اللبن أو الطين والرهط باخيره زير والدمص ضده والعرق يشملهما والساخوزة خمدان والأطنيه خمدان كوزه والزراجين جمع زرجون بفتح الزاي والراء وهو شجر العنب وقيل قضبانه والأوهات جمع وهت وهو المطمئن من الأرض وقد يقال وهطه وعريش الكرم ما يهيأ له ليرتفع عليه والجمع عرائش والمقصبة منبت القصب وجمعها المقاصب والقصباء كذلك وفي شراء الأرضين بفتح الراء وإن كانت الراء ساكنة في الوحدان إن كان لها حوائط يكتب محوطة بالحوائط وإن كانت محوطة بخسا ذكر ذلك وقوله وما كبس من التراب مقدار ذراع من وجه الأرض أي طم وسوى واسم ذلك التراب كبس بالكسر الطارمات جمع طارمة وقوله أذن له أن يتناوله من إنزاله ومن

". (١)

"*** ج١/ص٣٦٩

باب

لا يجتمع العشر والخراج

لما روى الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه عن حماد عن إبراهيم عن علقمة

عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يجتمع العشر

والخراج في أرض مسلم

فإن قيل هذا الحديث لم يصح عن أبي حنيفة رضي الله عنه إذ نقله عن

يحيى بن عنبسة وهو متروك بمرة كيف وقد انفرد أبو حنيفة بهذا المذهب عن جميع

العلماء ولو صح الخبر لقال به واحد من العلماء غيره وقد نقل ابن المنذر في كتاب

الاختلاف مذهب أهل العلم شرقا وغربا في أن العشر والخراج يجتمعان ثم

قال وذهبت طائفة قليل عددها شاذ قولها لخروجها عن أقوال أهل العلم

إلى أن العشر والخراج **لا يجتمعان** فدل على أنه مخترع

قيل له هذه المسألة قد اتفق عليها أبو حنيفة رضي الله عنه وأصحابه كلهم

أجمعون ولم نعلم أحدا منهم خالفه فيها واشتهر عنهم الاحتجاج عليها بهذا

الحديث وشهرة الحديث تربو على صحته إذ هي قريبة من التواتر فلا يقدح في

صحته وشهرته رواية من لا تقبل روايته كما لا يقدح في علمنا بوجود بغداد خبر

---

(١) الفتاوى الهندية، ٦/٢٥١

فاسق يخبرنا بوجودها وانفراد أبي حنيفة رضي الله عنه بهذا المذهب عن جميع العلماء

اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ج:١ ص:٣٦٩." [١]

"*** ج١/ص٣٧٠

- كما زعمت - لا يقدح في صحة الحديث فإن ترك العلماء كلهم العمل بالحديث

لا يقدح في صحته كحديث الوضوء مما مسته النار فلا يقدح في صحته ترك الأكثر

وقوله ولو صح الخبر لقال به واحد من العلماء غيره

قيل له العمل بموجب الحديث لا يدل على صحته فإن أئمة الأمصار

اتفقوا على العمل بموجب خبر معاذ بن جبل رضي الله عنه في القياس وهو ليس

بصحيح عند أهل الحديث وعمل أبي حنيفة رضي الله عنه كاف في صحة الحديث

إن كان عمل بعض العلماء بالحديث يدل على صحته فإن الأئمة كلهم تبع له وعائلة

عليه وانفراده بهذا القول دون غيره لا يدل على أنه مخترع كما لا يدل انفراد غيره

بالقول على أنه مخترع وقول ابن المنذر وذهبت طائفة قليل عددها إلى أن العشر

والخراج **لا يجتمعان** ليس بصحيح فإن أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه

لا ينحصر عددهم ولا ينقطع مددهم وإن كان عددهم قليلا بالنسبة إلى سائر

العلماء فليس ذلك بقادح فيهم فإن كل واحد من الأئمة مع أصحابه بهذه

المثابة فظهر بهذا أن ابن المنذر قصد تعييرنا بالقلة في العدد فنقول كما قال بعضهم

تعيرنا أنا قليل عديدنا

فقلت لها إن الكرام قليل

ثم إن أحدا من الأئمة العادلة والجائرة لم يأخذ العشر من أرض الخراج ولا

الخراج من أرض العشر مع كثرة احتيال بعضهم لأخذ أموال الناس وكفى بالإجماع

حجة

باب

لا يخرص الرطب تمرا فيعلم مقداره فيسلم إلى رب النخل ويملك

----

(١) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، ٣٦٩/١

اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ج:١ ص:٣٧٠." (١)

"*** ج٢/ص٦٩٦

العجلاني فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن

أمسكتها فطلقها عويمر ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال مالك قال ابن شهاب فكانت تلك سنة المتلاعنين ولو كانت

الفرقة تقع باللعان لما صح تفريقه ولا طلاقه

باب

الملاعن إذا كذب نفسه حد

وحل له التزويج بالملاعنة

لأن اللعان قد ارتفع لما أكذب نفسه بدليل لحوق النسب ووجوب الحد

فيعود حل النكاح

فإن قيل روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا

قيل له المراد به ما داما متلاعنين كقول القائل المصلي لا يتكلم والمتناكحان

والمتبايعان حكمهما كذا وكذا أي ما دام العقد بينهما

فإن قيل روي في بعض الأحاديث عن ابن عمر رضي الله عنه أن

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للذي لاعن امرأته لا سبيل لك عليها

اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ج:٢ ص:٦٩٦." (٢)

"*** ج٢/ص٧٣٧

رواه عن خالد بن عرفطة وأبو بشر لم يسمع من حبيب بن سالم هذا الحديث إنما

رواه عن خالد بن عرفطة

باب

من تزوج امرأة أبيه أو ذات محرم منه

فدخل بها وهو عالم بالحرمة لا يحد

---

(١) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، ١/٣٧٠

(٢) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، ٢/٦٩٦

الطحاوي عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن طليحة نكحت
في عدتها فأتي بها عمر بن الخطاب فضربها ضربات بالمخفقة وضرب زوجها
وفرق بينهما وقال أيما امرأة نكحت في عدتها فرق بينها وبين زوجها الذي
نكحت ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر إن كان دخل
بها الآخر ثم لم ينكحها أبدا وإن لم يكن دخل بها اعتدت من الأول وكان
الآخر خاطبا من الخطاب

وعنه عن سعيد بن المسيب أن رجلا تزوج امرأة في عدتها فرفع إلى
عمر رضي الله عنه فضربها دون الحد وجعل لها الصداق وفرق بينهما وقال
لا يجتمعان أبدا قال وقال علي رضي الله عنه وإن تابا وأصلحا جعلتهما من
الخطاب

أفلا ترى أن عمر ضرب المرأة والزوج بالمخفقة فاستحال أن يضربهما وهما

اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ج:٢ ص:٧٣٧." [١]

"قول الإمام المحبوبي والنسفي وأبو الفضل الموصلي وصدر الشريعة (فإن طلبها صاحبها) بنفسه أو وكيله (فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها) ثم هلكت (ضمنها) لتعديه بالمنع فيصير غاصباً. قيد بكونه قادراً على تسليمها لأنه لو حبسها عجزاً أو خوفا على نفسه أو ماله لم يضمن، وفي القهستاني عن المحيط: لو طلبها فقال "لم أقدر أن أحضرها تلك الساعة" فتركها فهلكت لم يضمن، لأنه بالترك صار مودعا ابتداء، ولو طلبها فقال "اطلبها غدا" فلما كان الغد قال "هلكت" لم يضمن ولو قال في السر "من أخبرك بعلامة كذا فادفعها إليه" ثم جاء رجل بتلك العلامة ولم يدفعها إليه حتى هلكت لم يضمن، اهـ (وإن اختلطت) الوديعة (بماله من غير فعله) كأن انشق الظرفان وانصب أحدهما على الآخر (فهو): أي المودع (شريك لصاحبها) اتفاقا؛ لاختلاطها من غير جناية (وإن أنفق المودع بعضها) أي الوديعة (ثم رد مثله) أي مثل ما أنفقه (فخلطه): أي المردود (بالباقي) ثم هلكت (ضمن الجميع) أي جميع الوديعة، من الذي كان بقي منها والذي رده إليها عوضاً عما أنفقه؛ لخلطه الوديعة بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم (وإذا تعدى المودع في الوديعة - بأن كانت دابة فركبها، أو ثوباً فلبسه، أو عبدا فاستخدمه، أو أودعها عند غيره) ممن ليس في عياله (ثم أزال التعدي وردها إلى يده زال الضمان) لزوال سببه - وهو التعدي - وبقاء الأمر بالحفظ، فكانت يده كيد المالك حكما؛ لأنه عاملٌ له بالحفظ، فبإزالة التعدي ارتدت إلى يد صاحبها حكما (فإن طلبها صاحبها فجحدها إياه) فهلكت (ضمنها)؛ لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ، فيبقى بعده بالإمساك غاصباً، فيضمن (فإن عاد) بعد جحوده (إلى الاعتراف) بها (لم يبرأ من

(١) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، ٧٣٧/٢

الضمان)؛ لارتفاع العقد، لأن المطالبة بالرد رفع من جهة المالك، والجحود فسخ من جهة المودع، فتم رفع العقد منهما، وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد، فلم يوجد الرد إلى نائبه، بخلاف المخالفة، ثم

العود إلى الوفاق لبقاء الأمر؛ فكان الرد إلى نائبه كما ي الهداية.

(وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل) أي ثقل (ومؤنة) أي أجرة عند أبي حنيفة، لإطلاق الأمر، وقالا: ليس له ذلك إذا كان له حمل ومؤنة، لأن المالك تلزمه مؤنة الرد في ذلك، فالظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد، وظاهر الهداية ترجيح قولهما بتأخير دليلهما.

(وإن أودع رجلان عند رجل) وديعة من ذوات الأمثال (ثم حضر أحدهما) دون صاحبه (فطلب نصيبه منها لم يدفع إليه): أي إلى الحاضر (شيئا) منها (حتى يحضر) صاحبه (الآخر عند أبي حنيفة)، لأنه يطالبه بمفرزٍ، وحقه في مشاع ولا يفرز إلا بالقسمة، وليس للمودع ولايتها (وقالا: يدفع إليه نصيبه)؛ لأنه يطالبه بدفع نصيبه الذي سلمه إليه، قال في التصحيح: واعتمد قول الإمام المحبوبي والنسفي وأبو الفضل الموصلي وصدر الشريعة اهـ. قيدنا بذوات الأمثال لأنها لو كانت من القيميات لا يدفع إليه اتفاقا، على الصحيح، كما في الهداية والفيض.

(وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم) مثليا كان أو قيميا (لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر)، لأن المالك لم يرض بحفظ أحدهما لكله (ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه)، لأنه لما أودعهما مع علمه أنهما لا يقدران على ترك أعمالهما واجتماعهما أبداً في مكان واحد للحفظ كان راضياً بقسمتها وحفظ كل واحد للنصف دلالةً، والثابت دلالةً كالثابت بالنص (وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر)، لأن المالك يرضى بيد كل منهما على كله، لعلمه أنهما **لا يجتمعان** عليه أبداً.

(وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها) المودع (إليها) أي إلى زوجته وهلكت (لم يضمن)؛ لأنه لا يجد بداً من ذلك، فإنه إذا خرج كان البيت وما فيه مسلما إليها، فلا يمكنه إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وإن كان مفيداً، لكن في شرح الإسبيجابي: وهذا إذا كان لا يجد بدا من ذلك، لأن الشرط – وإن كان مفيداً – لكن العمل به غير ممكن، أما إذا كان يجد بداً منه يلزمه مراعاة شرطه بقدر الإمكان، لتمكنه من حفظها على الوجه المأمور به. فإذا خالف ضمن، اهـ ملخصاً (وإن قال له: احفظها في هذا البيت) لبيت معين من الدار (فحفظها في بيت آخر من) تلك (الدار) وهلكت (لم يضمن)، لأن الشرط غير مفيد، فإن البيتين في دار واحدةٍ لا يتفاوتان في الحرز (وإن حفظها في) بيت من (دار أخرى ضمن)، لأن الدارين يتفاوتان في الحرز، فكان مفيداً، فيصح التقييد، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً – بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة، والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة – صح الشرط. هداية.

". (١)

"(وصفة اللعان) ما نطق به القرآن، وحاصله (أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد) على نفسه (أربع مرات يقول في كل مرة: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا) وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يأتي بلفظ المواجهة، فيقول: فيما رميتك به، لأنه أقطع للاحتمال، وجه ما ذكره في الكتاب – وهو ظاهر الرواية – أن لفظ الغائب إذا انضمت إليه الإشارة انقطع الاحتمال، كما في الهداية (ثم يقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا) إن قذفها به، أو نفى الولد إن نفاه وفي النظم يقول له القاضي: اتق الله فإنها موجبة (ويشير) الزوج (إليها في جميع ذلك، ثم تشهد المرأة) بعده على نفسها (أربع مرات) أيضاً (تقول في كل مرة: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقول في الخامسة: إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا)، وإنما خص الغضب في جانبها لأن النساء يتجاسرن باللعن، فإنهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيراً، كما ورد به الحديث، فاختير الغضب لتتقي ولا تقدم عليه.

(فإذا التعنا فرق القاضي بينهما) ولا تقع الفرقة حتى يقضي بها على الزوج فيفارقها بالطلاق، وإن امتنع من ذلك فرق القاضي بينهما، ومالم يقض بالفرقة فالزوجية قائمة: فيلحقها الطلاق، والظهار، والإيلاء، ويجري بينهما التوارث، كما في الجوهرة (وكانت الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد) لأنها بتفريق القاضي كما في العنين، ولها النفقة والسكنى في عدتها، ويثبت نسب ولدها إلى سنتين إن كانت معتدة، وإن لم تكن معتدة فإلى ستة أشهر. جوهرة (وقال أبو يوسف): يقع (تحريم مؤبد)، لقوله عليه الصلاة والسلام: (المتلاعنان **لا يجتمعان** أبداً) ولهما أن الإكذاب رجوع، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها، **ولا يجتمعان** ما كانا متلاعنين، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان. هداية، قال الإسبيجاني: والصحيح قولهما تصحيح (وإن كان القذف) من الزوج (بولد) أي بنفي نسب ولدها (نفى القاضي نسبه) عن أبيه (وألحقه بأمه) ويشترط في نفي الولد: أن تكون المرأة من أهل الشهادة من حين العلوق إلى حين الوضع، حتى لو كانت حين الوضع (١) كتابية أو أمة ثم أسلمت أو عتقت لا ينتفي ولدها، لأنها لما علقت وليست من أهل اللعان ثبت نسب ولدها ثبوتاً لا يلحقه الفسخ، فلا يتغير بعد ذلك بتغير حالها كما في الجوهرة.

(١) كذا، ولعله (لو كانت حين العلوق) ليتفق مع قوله: لأنها لما علقت – الخ.

(فإن عاد الزوج فأكذب نفسه) ولو دلالة: بأن مات الولد المنفى عن مال فادعى نسبه (حده القاضي) حد القذف؛ لإقراره بوجوبه عليه (وحل له أن يتزوجها)؛ لأنه لما حد لم يبق أهلا للعان، فارتفع حكمه المنوط به، وهو التحريم (وكذلك) أي يجوز له أن يتزوجها (إن قذف غيرها فحد) لما بينا (أو زنت) هي أو قذفت (فحدت) لانتفاء أهلية اللعان من جانبها، والحاصل أن له تزوجها إذا خرجا أو أحدهما عن أهلية اللعان كما في الدر.

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٢٣٢

(وإذا قذف) الرجل (امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما)، لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبيا، فكذا لا يلاعن الزوج، لقيامه مقامه (وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان)، لأنه يتعلق بالتصريح كحد القذف، وقذفه لا يعرى عن شبهة، والحدود تندرئ بالشبهة (وإذا قال الزوج) لامرأته الحامل (ليس حملك مني فلا لعان) وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر، وهذا قول أبي حنيفة وزفر، لأنه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفاً، وقال أبو يوسف ومحمد: يجب اللعان إذا جاءت به لأقل من ستة أشها، لتيقن الحمل عنده فيتحقق القذف، وأجيب بأنه إذا لم يكن قاذفاً في الحال يصير كالمعلق، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط، ومشى على قول الإمام البرهاني والنسفي والموصلي وصدر الشريعة. تصحيح (وإذا قال) الزوج لامرأته الحامل: (زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا) لوجود القذف بصريح الزنا (ولم ينف القاضي الحمل) عن القاذف، لأن تلاعنهما بسبب قوله (زنيت) لا بنفي الحمل، على أن الحمل لا تترتب عليه الأحكام إلا بعد الولادة.

---." (١)

"(ومن أسلم من أهل الخراج، أخذ منه الخراج على حاله)؛ لأن الأرض قد اتصفت بالخراج؛ فلا تتغير بتغير المسالك.

(ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي) اعتبارا بسائر أملاكه (ويؤخذ منه) أي المسلم (الخراج) الذي عليها؛ لالتزامه ذلك دلالة، قال في الهداية: وقد صح أن الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اشتروا أراضي الخراج، وكانوا يؤدون خراجها؛ فدل ذلك على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم، من غير كراهة، اهـ.

(ولا عشر في الخارج من أرض الخراج)؛ لأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهراً، والعشر في أرض أسلم أهلها طوعاً، والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة، وسبب الحقين واحد - وهو الأرض النامية - إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقاً وفي الخراج تقديراً، ولهذا يضافان إلى الأرض، وتمامه في الهداية.

(والجزية) بالكسر - وهي: اسم لما يؤخذ من أهل الذمة؛ لأنها تجزئ من القتل: أي تعصم، والجمع جزىً كلحية ولحىً (على ضربين) الضرب الأول (جزية توضع بالتراضي والصلح) قبل قهرهم والاستيلاء عليهم (فتقدر بحسب) أي بقدر (ما يقع عليه الاتفاق)، لأن الموجب هو التراضي، فلا يجوز التعدي إلى غيره، تحرزاً عن الغدر بهم (و) الضرب الثاني (جزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب) الإمام (على الكفار) واستولى عليهم (وأقرهم على أملاكهم) لما مر أنه مخير في عقارهم (فيضع على الغني الظاهر الغنى) وهو من يملك عشرة آلاف درهم فصاعدا (في كل سنة ثمانية وأربعين درهما) منجمة على الأشهر (يأخذ في كل شهر أربعة دراهم) وهذا لأجل التسهيل عليه، لا بيان للوجوب، لأنه بأول الحول كما في البحر عن الهداية (و) يضع (على المتوسط الحال) وهو من يملك مائتي درهم فصاعدا (أربعة وعشرين درهما) منجمة أيضا (في كل درهمين، و) يضع (على الفقير) وهو من يملك ما دون المائتين، أو لا يملك شيئاً (المعتمل اثني عشر درهما) منجمة أيضاً (في كل شهر درهما) قال في البحر: وظاهر كلامهم أن حد الغنى والتوسط والفقر لم يذكر في ظاهر الرواية، ولذا اختلف المشايخ

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٢٨٥

فيه، وأحسن الأقوال ما اختاره في شرح الطحاوي، ثم ذكر عبارته بمثل ما ذكرناه.
(وتوضع الجزية على أهل الكتاب) شامل اليهودي والنصراني، ويدخل في اليهود السامرية؛ لأنهم يدينون بشريعة موسى عليه الصلاة والسلام، إلا أنهم يخالفونهم في فروع، ويدخل في النصارى الفرنج والأرمن، وفي الخانية: وتؤخذ الجزية من الصابئة عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، بحر (والمجوس) ولو من العرب لوضعه صلى الله عليه وسلم على مجوس هجر، والمجوس: جمع مجوسي، وهو من يعبد النار (وعبدة الأوثان) جمع وثن وهو الصنم، إذا كانوا (من العجم) لجواز استرقاقهم، فجاز ضرب الجزية عليهم.

(ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم نشأ بين أظهرهم؛ ونزل القرآن بلغتهم، فكانت المعجزة أظهر في حقهم فلم يعذروا في كفرهم (ولا) على (المرتدين)، لكفرهم بعد الهداية للإسلام فلا يقبل منهما إلا الإسلام أو الحسام، وإذا ظهرنا عليهم فنساؤهم وذراريهم فيء؛ لأن أبا بكر رضي الله تعالى عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين، هداية.
(ولا جزية على امرأة ولا صبي) ولا مجنون ولا معتوه (ولا زمن، ولا أعمى) ولا مفلوج ولا شيخ كبير؛ لأنها وجبت بدلا عن القتال، وهم لا يقتلون ولا يقاتلون لعدم الأهلية (ولا فقير غير معتمل) أي مكتسب ولو بالسؤال، لعدم الطاقة، فلو قدر على ذلك وضع عليه، قهستاني (ولا على الرهبان الذين لا يخالطون الناس)؛ لأنهم إذا لم يخالطوا الناس لا قتل عليهم، والأصل في ذلك: أن الجزية لإسقاط القتل، فمن لا يجب عليه القتل لا توضع عليه الجزية، وتمامه في الاختيار (قال في الاختيار: "ولا جزية على الرهبان المنعزلين، ولا على فقير غير معتمل، والمراد الرهبان الذين لا يقدرون على العمل والسياحين ونحوهم. أما إذا كانوا يقدرون على العمل فيجب عليهم وإن اعتزلوا وتركوا العمل؛ لأنهم يقدرون على العمل فصاروا كالمعتملين إذا تركوا العمل، فتؤخذ منهم الجزية، ونظيره تعطيل أرض الخراج" اهـ.)، ولا توضع على المملوك، ولا المكاتب، ولا المدبر، ولا أم الولد، لعدم الملك، ولا يؤدى عنهم مواليهم، لتحملهم الزيادة بسببهم. والعبرة في الأهلية وعدمها وقت وضع الإمام، فمن أفاق أو أعتق أو بلغ أو برأ بعد وضع الإمام لم توضع عليه حتى تمضي تلك السنة، كما في الاختيار (قال: "ولو أدرك الصبي أو أفاق المجنون أو عتق العبد أو برأ المريض قبل وضع الإمام الجزية وضع عليهم، ولو بعد وضع الجزية لا توضع عليهم، لأن المعتبر أهليتهم عند الوضع لأن الإمام يحرج (يناله الحرج) في تعرف حالهم في كل وقت، ولم

يكونوا أهلا وقت الوضع، بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث يوضع عليه، لأن الفقير أهل الجزية، وإنما سقطت عنه للعجز وقد زال" اهـ.)..." [١]

" قال – رضي الله عنه – محرم دل محرما أو حلالا على صيد فقتله المدلول فعلى الدال الجزاء عندنا استحسانا وفي القياس لا جزاء على الدال وبه أخذ " الشافعي " – رحمه الله تعالى – قال : لأن الجزاء واجب بقتل الصيد بالنص قال الله

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٤٠٤

تعالى ﴿ " ومن قتله منكم متعمدا " ﴾ المائدة : ٩٥ والدلالة ليست في معنى القتل لأن القتل فعل متصل من القاتل بالمقتول فأما الدلالة والإشارة غير متصل بالمحل وهو الصيد والحكم الثابت بالنص لا يجوز إثباته فيما ليس في معنى المنصوص والدليل عليه جزاء صيد الحرم يجب على القاتل الحلال ولا يجب على الدال إذا كان حلالا بالاتفاق للمعنى الذي قلنا والدليل عليه أن حرمة الصيد في حق المحرم لا تكون أقوى من حرمة مال المسلم ونفسه ولا يضمن الدال على مال المسلم ولا على نفسه شيئا بسبب الدلالة فكذلك هنا إلا أنا تركنا القياس باتفاق الصحابة – رضي الله عنهم – فإن رجلا سأل " عمر " – رضي الله عنه – فقال إني أشرت إلى ظبي وأنا محرم فقتله صاحبي فقال " عمر " " لعبدالرحمن بن عوف " – رضي الله عنه – ماذا ترى عليه فقال أرى عليه شاة فقال " عمر " – رضي الله عنه – وأنا أرى عليه ذلك وإن " عليا " و " ابن عباس " – رضي الله عنهما – سئلا عن محرم دل على بيض نعامة فأخذه المدلول عليه فشواه فقالا على الدال جزاؤه والقياس يترك بقول الفقهاء من الصحابة – رضي الله عنهم – وما نقل عنهم في هذا الباب كالمنقول عن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – إذ لا يظن بهم أنهم قالوا جزافا . والقياس لا يشهد لقولهم حتى يقول قالوا ذلك قياسا فلم يبق إلا السماع ثم ثبت باتفاقهم أن الدلالة على الصيد من محظورات الإحرام وذلك ثابت بالنص أيضا " فإن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال لأصحاب " أبي قتادة " – رضي الله عنهم – في صيد أخذه " أبو قتادة " وكانوا محرمين هل أعنتم هل أشرتم هل دللتم " فجعل الإشارة كالإعانة فعرفنا أنه من محظورات الإحرام وذلك يوجب الجزاء وبه فارق صيد الحرم فإن الموجب للحظر هناك معنى في الحل وهو أمن الصيد بسبب الحرم فلا بد من أن يكون فعله متصلا بالمحل حتى يكون جناية في إزالة الأمن عن المحل وهنا الحظر بسبب معنى في الفاعل وهو أنه محرم فكان فعله محظور الإحرام وإن لم يتصل بالمحل ولهذا كان معنى الجزاء هنا راجحا ومعنى غرامة المحل هناك راجح على ما نبينه إن شاء الله تعالى ثم الإحرام عقد خاص وقد ضمن له ترك التعرض بعقده فإذا تعرض له بالدلالة فقد باشر بخلاف ما التزمه فكان قياس المودع يدل سارقا على سرقة الوديعة بخلاف الدلالة على مال المسلم ونفسه فإنه ما التزم ترك التعرض لذلك بعقد خاص ثم الواجب هناك ضمان الحيوان فيكون بمقابلة المحل فيجب على من اتصل فعله بالمحل والدلالة المعتبرة لإيجاب الجزاء أن لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد فأما إذا كان المدلول عالما به فلا جزاء على الدال لأن المدلول ما تمكن من قتله بدلالته

وعلى هذا لو أعار المحرم سكينا من غيره ليقتل صيدا فإن لم يكن مع ذلك الغير ما يقتل به الصيد فعلى المعير الجزاء وإن كان معه ما يقتل به الصيد فلا شيء على المعير لأن تمكنه من قتله لم يكن بإعارة السكين وإنما يجب على الدال الجزاء إذا صدقه المدلول في دلالته فأما إذا كذبه ولم يتبع الصيد بدلالته حتى دله عليه آخر فصدقه وقتل الصيد فالجزاء على الدال الثاني إذا كان محرما دون الأول وكذلك أو لأمر المحرم إنسانا بأخذ الصيد فأمر المأمور به إنسانا آخر فالجزاء على الآمر الثاني دون الأول لأن المأمور الأول لم يمتثل أمر الآمر فإنه أمره بالأخذ دون الأمر وإنما يجب الجزاء على الدال الأول إذا أخذ المدلول الصيد والدال محرم فأما إذا حل الدال عن إحرامه قبل أن يأخذ المدلول الصيد فلا جزاء على الدال لأن فعله إنما يتم جناية عند زوال معنى النفرة بإثبات يد الأخذ عليه فإذا كان الدال عند ذلك حلالا لم يكن أخذ الغير في حقه أكثر تأثيرا من أخذه بنفسه ولو أخذه بنفسه لم يلزمه شيء فكذا إذا أخذه غيره بدلالته قال وإذا اشترك رهط محرمون في قتل صيد فعلى كل واحد منهم جزاء كامل عندنا وقال " الشافعي " عليهم جزاء واحد لأن من أصله أن المعتبر هو المحل ولهذا

قال الدال الذي لم يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شيء والمحل هنا واحد فلا يلزمهم إلا جزاء واحد وقاس بصيد الحرم فإن جماعة من الحلالين إذا اشتركوا في قتل صيد الحرم لا يلزمهم إلا جزاء واحد وقاس بحقوق العباد أيضا فإن الصيد إذا كان مملوكا لا يجب على الذين قتلوه إلا قيمة واحدة لصاحبه كذلك فيما يجب لحق الله تعالى . وحجتنا ما بينا أن الواجب على المحرم جزاء فعله وفعل كل واحد من الفاعلين كامل جنى به على إحرام كامل فيجعل في حق كل واحد منهم كأنه ليس معه غيره كما في كفارة القتل وكما في القصاص الواجب بطريق جزاء الفعل يجعل كل قاتل كالمنفرد به وبه فارق صيد الحرم لأن وجوب الضمان هناك باعتبار المحل ويسلك بضمان الصيد مسلك الغرامات ولهذا لا مدخل للصوم فيه وفي إباحة الدم روايتان أيضا فالغرامات تكون واجبة بدلا عن المتلف فإذا كان المتلف واحدا لا يجب إلا بدل واحد كالدية فإنها لا تتعدد بتعدد القاتلين فأما هذه كفارة تجب بطريق جزاء الفعل والفعل يتعدد بتعدد الفاعلين يوضح الفرق أن المعتبر هنا حرمة الإحرام وإحرام " زيد " غير إحرام " عمرو " وهناك المعتبر حرمة الحرم وهي متحدة في حق الفاعلين فأما ضمان حقوق العباد فوجوبه بطريق الجبران وذلك يتم بإيجاب بدل واحد وما يجب لحق الله تعالى لا يكون بطريق الجبران لأن الله تعالى يتعالى عن أن يلحقه نقصان ليكون ما يجب له جبرانا وعلى هذا الأصل القارن إذا قتل صيدا فعليه جزآن عندنا وعنده جزاء واحد لأن المعتبر عنده اتحاد المحل وعندنا هو الجناية على الإحرام والقارن جان على إحرامين وحقيقة المسألة تنبني على الأصل الذي أشرنا إليه فإن عنده يدخل إحرام العمرة في إحرام الحج ولهذا قال يطوف القارن طوافا واحدا فيدخل أحدهما في الآخر وعندنا لا يدخل أحدهما في الآخر فإن القران ينبئ عن الضم والجمع دون التداخل فصار القارن بقتل الصيد جانيا على إحرامين فيلزمه جزآن ثم

قال " الشافعي " - رحمه الله تعالى - إحرام العمرة في حكم التبع لإحرام الحج ولهذا يتحقق الجمع بين النسكين أداء فإن الأصلين لا يجتمعان أداء كالحجتين والعمرتين وإذا كان تبعا لا يظهر مع الأصل كحرمة الحرم مع حرمة الإحرام فإن المحرم إذا قتل صيدا في الحرم لا يلزمه إلا جزاء واحد وقيل إن حرمة الحرم تبع لحرمة الإحرام فلا يظهر تأثيره مع الإحرام

ولكنا نقول كل واحد من الإحرامين أصل مثل صاحبه لأن كل واحد منهما يعم البقاع كلها فلا يكون أحدهما تبعا للآخر بل يعتبر كل واحد منهما في إيجاب موجبه كأنه ليس معه صاحبه كما أن حرمة الجماع بسبب حرمة الصوم وعدم الملك إذا اجتمعا بأن زنى الصائم في رمضان يجب عليه الحد والكفارة جميعا وكذلك حرمة الخمر ثابتة لعينها فيثبت باليمين إذا حلف لا يشربها حرمة أخرى ثم عند الشرب يلزمه الحد والكفارة جميعا وهذا بخلاف حرمة الحرم فإنها دون حرمة الإحرام . ألا ترى أنه لا يعم البقاع كلها وأنه لا بد من اعتباره في حق المحرم فإن المحرم لا يستغني عن دخول الحرم وإذا كان في حكم التبع لم يعتبر في حق المحرم ولأنه لا مقصود هناك سوى وجوب ترك التعرض للصيد وذلك حاصل في حق المحرم بإحرامه فلا يزداد بالحرم في حقه فأما هنا العمرة بعقد مقصود يحوي ترك التعرض للصيد فوجب اعتباره في حق المحرم بالحج كما يجب اعتباره في حق غير المحرم بالحج

قال فإن قتل حلالان صيدا في الحرم بضربة واحدة فعلى كل واحد منهما نصف جزاء كامل بخلاف ما إذا ضربه كل واحد منهما ضربة فإنه يجب على كل واحد منهما ما تقتضيه ضربته ثم يجب على كل واحد منهما نصف قيمته

مضروبا بضربتين لأن عند اتحاد فعلهما جميع الصيد صار متلفا بفعلهما فيضمن كل واحد منهما نصف الجزاء وعند اختلاف محل الفعل الجزء الذي تلف بضربة كل واحد منهما كان هو المختص بإتلافه فعليه جزاؤه والباقي متلفا بفعلهما فضمانه عليهما وقد قررنا هذا الفرق فيما أمليناه من شرح الجامع

قال وإذا قتل المحرم صيدا فعليه قيمة الصيد في الموضع الذي قتله فيه إن كان الصيد يباع ويشترى في ذلك الموضع وإلا ففي أقرب المواضع من ذلك الموضع مما يباع ذلك الصيد ويشترى في ذلك الموضع مما له نظير من النعم أو لا نظير له في قول " أبي حنيفة " و " أبي يوسف " – رحمهما الله تعالى – وقال ا ا " محمد " و " الشافعي " – رحمهما الله تعالى – فيما له نظير ينظر إلى نظيره من النعم الذي يشبهه في المنظر لا إلى القيمة حتى يجب في النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة وفي الظبي شاة وفي الأرنب عناق وفي اليربوع جفرة

وقال " الشافعي " – رحمه الله تعلى – في لحمامة شاة وهو قول " ابن أبي ليلى " وزعم أن بينهما مشابهة من حيث أن كل واحد منهما يعب ويهدر وفيما لا نظير له تعتبر القيمة واحتجا في ذلك بقوله تعالى : ﴿ " فجزاء مثل ما قتل من النعم " ﴾ المائدة : ٩٥ وحقيقة المثل ما يماثل الشيء صورة ومعنى ولا يجوز العدول عن الحقيقة إلى المجاز إلا عند تعذر العمل بالحقيقة والنظير مثل صورة ومعنى والقيمة مثل معنى لا صورة وفي قوله من النعم تنصيص على أن المعتبر هو المثل صورة وعلى هذا اتفقت الصحابة – رضي الله تعالى عنهم – نقل ذلك عن " علي " و " عمر " و " عبدالله بن مسعود " – رضي الله تعالى عنهم – أنهم أوجبوا ما سمينا من النظائر و " أبو حنيفة " و " أبو يوسف " – رحمهما الله تعالى – أخذا بقول " ابن عباس " – رضي الله تعالى عنه – فإنه فسر المثل بالقيمة والمعنى الفقهي يشهد له فإن الحيوان لا مثل له من جنسه

ألا ترى أن في حق حقوق العباد يكون الحيوان مضمونا بالقيمة دون المثل فكذلك في حقوق الله تعالى وكما أن المثل منصوص عليه هنا فكذلك في حقوق العباد في قوله تعالى ﴿ " فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " ﴾ البقرة : ١٩٤ يوضحه أن المماثلة بين الشيئين عند اتحاد الجنس أبلغ منه عند اختلاف الجنس فإذا لم تكن النعامة مثلا للنعامة كيف تكون البدنة مثلا للنعامة والمثل من الأسماء المشتركة فمن ضرورة كون الشيء مثلا لغيره أن يكون ذلك الغير مثلا له ثم لا تكون النعامة مثلا للبدنة عند الإتلاف فكذلك لا تكون البدنة مثلا للنعامة وإذا تعذر اعتبار المماثلة صورة وجب اعتبارها بالمعنى وهو القيمة فأما قوله من النعم فقد قيل فيه تقديم وتأخير ومعناه ﴿ " فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة " ﴾ المائدة : ٩٥ ثم ذكر الأصمعي وأبو عبيدة أن اسم النعم يتناول الأهلي والوحشي جميعا ومعناه فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي وحمله على هذا أولى لأن قوله " فجزاء " مصدر وما ذكر بعده وصف فإنما يكون وصفا للمذكور وذلك إذا حمل على ما بينا وإيجاب الصحابة – رضي الله عنهم – لهذه النظائر لا باعتبار أعيانها بل باعتبار القيمة إلا أنهم كانوا أرباب المواشي فكان ذلك أيسر عليهم من النقود وهو نظير ما قال " علي " – رضي الله عنه – في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية المراد القيمة

والاختلاف في هذه المسألة في فصول أحدها ما بينا والثاني أن الذي أتي الحكمين يقوم الصيد فإذا ظهرت قيمته فالخيار إلى المحرم بين التكفير بالهدي والإطعام والصيام في قول " أبي حنيفة " و " أبي يوسف " – رحمهما الله تعالى –

وعند ا ا " محمد " – رحمه الله تعالى – الخيار إلى الحكمين فإذا عينا نوعا عليه يلزمه التكفير به بعينه فأما اعتبار الحكمين بالنص وهو قوله تعالى ﴿ " يحكم به ذوا عدل منكم " ﴾ وعلى طريقة القياس يكفي الواحد للتقويم وإن كان المثنى أحوط ولكن يعتبر المثنى بالنص وبيانه في حديث " عمر " – رضي الله عنه – فإن رجلين أتياه فقال أحدهما إن صاحبي هذا كان محرما وأنه رمى إلى ظبي وأصاب أحشاءه فماذا يجب عليه فسار " عمر " " عبدالرحمن بن عوف " – رضي الله عنهما – بشيء ثم قال عليه شاة فقاما من عنده وجعل السائل يقول لصاحبه أن فتوى أمير المؤمنين لا تغني عنك شيئا ألا ترى أنه لم يعرفه حتى سأل غيره فأرى أن تنحر راحلتك هذه وتعظم شعائر الله فسمع ذلك " عمر " – رضي الله عنه – فدعاه وعلاه بالدرة فقال يا أمير المؤمنين أني لا أحل لك من نفسي شيئا حرم الله عليك فانظر لنفسك فقال " عمر " – رضي الله عنه – أراك حسن اللهجة والبيان أما سمعت الله يقول " يحكم به ذوا عدل منكم " ﴾ فأنا ذو عدل و " عبدالرحمن " ذو عدل ومن يعمل بكتاب الله تعالى يسمى جاهلا فيكم فتاب الرجل عن مقالته

(يتبع . . .) ." (١)

" قال رضي الله عنه رجل أهل بحجة ففاته فإنه يحل بعمرة وعليه الحج من قابل قال وبلغنا ذلك عن النبي صلى الله عليه و سلم وعن " عمر " و " زيد بن ثابت " رضي الله تعالى عنهما والمراد " بالحديث المرفوع ما رواه " ابن عباس " و " ابن " عمر " " – رضي الله تعالى عنهم – أن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال : من أدرك " عرفة " بليل فقد أدرك الحج ومن فاته " عرفة " بليل فقد فاته الحج " وليتحلل بالعمرة وعليه الحج من قابل وأما حديث " عمر " و " زيد بن ثابت " – رضي الله تعالى عنهما – ما رواه الأسود قال سمعت " عمر بن الخطاب " – رضي الله تعالى عنه – يقول من فاته الحج تحلل بعمرة عليه الحج من قابل ثم لقيت " زيد بن ثابت " رضي الله تعالى عنه بعد ذلك بثلاثين سنة فسمعته يقول مثل ذلك وكان المعنى فيه أن الإحرام بعد ما انعقد صحيحا فطريق الخروج عنه أداء أحد النسكين أما الحج أو العمرة كمن أحرم إحراما بهما وهنا تعذر عليه الخروج عنه بالحج حين فاته الحج فعليه الخروج بعمل العمرة ثم إن عند " أبي حنيفة " و ا " محمد " رحمهما الله تعالى أصل إحرامه باق بالحج ويتحلل بعمل العمرة وعند " أبي يوسف " رحمه الله تعالى يصير إحرامه إحرام عمرة وعند " زفر " – رحمه الله تعالى – ما يؤديه من الطواف والسعي بقايا أعمال الحج لأنه بالإحرام بالحج التزم أداء أفعال يفوت بعضها بمضي الوقت ولا يفوته البعض فيسقط عنه ما يفوت بمضي المدة ويلزمه ما لا يفوت وهو الطواف والسعي و " أبو حنيفة " و ا " محمد " – رحمهما الله تعالى – قالا : الطواف والسعي للحج إنما يتحلل بهما من الإحرام بعد الوقوف فأما قبل الوقوف فلا وحاجته إلى التحلل هنا قبل الوقوف فإنما يأتي بطواف وسعي يتحلل بهما من الإحرام وذلك طواف العمرة ولهذا قال " أبو يوسف " – رحمه الله تعالى – يصير أصل إحرامه للعمرة ضرورة لأن التحلل بطواف العمرة إنما يكون بإحرام العمرة و " أبو حنيفة " و ا " محمد " – رحمهما الله تعالى – قالا لا يمكن جعل إحرامه للعمرة إلا بفسخ إحرام الحج الذي كان شرع فيه ولا طريق لنا إلى ذلك والدليل عليه أن المكي إذا فاته الحج يتحلل بعمل

---

(١) المبسوط، ٢/٤

العمرة من غير أن يخرج من الحرم ولو انقلب إحرامه للعمرة ولكان يلزمه الخروج إلى الحرم لأنه ميقات إحرام العمرة في حق المكي

قال فإن كان أهل بحجة وعمرة فقدم " مكة " وقد فاته الحج فإنه يطوف بالبيت وبالصفا والمروة لحجه ويحل وعليه الحج من قابل ولا يجعل ما أتى به من الطواف والسعي قبل فوات الحج كافيا للتحلل عن إحرام الحج لأن ذلك كان طواف التحية وهو سنة فلا يحصل به التحلل فإن كان طاف لعمرته وسعى فقد أتى بهما وإن لم يكن طاف بعمرته يطوف لها الآن لأن العمرة لا تفوته ثم يطوف بعد ذلك لحجته ويسعى حتى يتحلل وهذا دليل ل " أبي حنيفة " و ا " محمد " - رحمهما الله تعالى - على أن أصل إحرامه لا ينقلب عمرة لأنه لو انقلب عمرة لصار جامعا بين إحرام عمرتين وأدائهما في وقت واحد وذلك لا يجوز ثم لا يجب عليه الدم بالقياس على المحصر وهذا فاسد لأن المحصر عاجز عن التحلل بالطواف والسعي وفائت الحج قادر على ذلك ثم فائت الحج يقطع التلبية حين يستلم الحجر في الطواف لما بينا أن هذا الطواف عمل العمرة وأوان قطع التلبية في حقه ما هو أوان قطع التلبية في حق المعتمر فإن كان قارنا فإنما يقطع التلبية حين يأخذ في الطواف الثاني لأن العمرة ما فاتته فيجعل كأنه طاف لها قبل الفوات فلا يقطع التلبية عندها وإنما يقطع التلبية إذا أخذ في الطواف الذي يتحلل به عن الإحرام في الحج

قال ولو فاته الحج فمكث حراما حتى دخلت أشهر الحج من قابل فتحلل بعمل العمرة ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا وهذا أيضا يدل على أن إحرامه لم ينقلب إحرام عمرة فإنه لو انقلب إحرام عمرة كان متمتعا كمن أحرم للعمرة في رمضان فطاف لها في شوال ولكنه بعمل العمرة يتحلل من إحرام الحج في شوال وليس هذا صورة المتمتع

قال رجل أهل بحجة فجامع فيها ثم قدم وقد فاته الحج فعليه دم لجماعه ويحل بالطواف والسعي لأن الفاسد معتبر بالصحيح فكما أن التحلل بالإحرام الصحيح بعد الفوات يكون بالطواف والسعي فكذلك عن الإحرام الفاسد ولو كان أصاب في حجه صيدا فعليه الكفارة لأن إحرامه بعد الفساد باق فيجب بارتكاب المحظور ما يلزمه بارتكابه في الإحرام الصحيح وهذا الذي أفسد الحج إنما يقطع التلبية بعد الفوات حين يأخذ في الطواف ألا ترى أنه لو لم يفته كان أوان قطع التلبية في حقه حين يرمي جمرة العقبة اعتبارا بمن صح حجه فكذلك بعد الفوات

قال رجل أهل بحجة فقدم " مكة " وقد فاته الحج فأقام حراما حتى يحج مع الناس من قابل بذلك الإحرام قال لا يجزئه عن حجته وبهذا يستدل " أبو يوسف " - رحمه الله تعالى - على أن إحرامه صار للعمرة حيث لا يجوز أداء الحج به ولكنا نقول قد بقي أصل إحرامه للحج ولكنه تعين عليه الخروج بإعمال العمرة فلا يبطل هذا التعيين بتحول السنة مع أن إحرامه انعقد لأداء الحج في السنة الأولى فلو صح أداء الحج به في السنة الثانية تغير موجب ذلك العقد بفعله وليس إليه تغيير موجب عقد الإحرام وإن قدم وقد فاته الحج فأهل بحجة أخرى فإنه يطوف للذي قد فاته ويسعى ويرفض التي أهل بها وعليه فيها ما على الرافض وعليه قضاء الفائت أيضا لأن أصل إحرامه بعد الفوات تعين للحج فهو بالإهلال بحجة أخرى يصير جامعا بين حجتين فلهذا يرفض التي أهل بها وقد تعين عليه التحلل عن الأولى بالطواف والسعي فلا يتغير ذلك بفعله وإن نوى بهذه التي أهل بها قضاء الفائت فهي هي يعني لا يلزمه بهذا الإهلال شيء لأنه نوى إيجاد الموجود

فإن إحرامه بالحج باق بعد الفوات ونية الإيجاد فيما هو موجود لغو فيتحلل بالطواف والسعي وعليه قضاء الفائت فقط بخلاف الأول فقد نوى بالإهلال هناك حجة أخرى سوى الموجود

قال وإن أهل بعمرة بعد ما فاته الحج رفضها أيضا ومضى في عمل الفائتة لأنه لما لزمه التحلل عن الأول بعمل العمرة يصير جامعا بين العمرتين من حيث العمل وذلك لا يجوز فلهذا يرفض التي أهل بها وقد تعين عليه التحلل عن الأولى بالطواف والسعي فلا يتغير ذلك بفعله

قال رجل أهل بحجتين وقدم " مكة " وقد فاته الحج قال يحل بالطواف والسعي وعليه عمرة وحجتان ودم لأنه صار رافضا لإحدى الحجتين ولزمه دم لرفضها وقضاء حجة وعمرة ثم قد فاتته الأخرى فيتحلل منها بالطواف والسعي وعليه قضاؤها ولا يكون له أن يتحلل منهما بعمل عمرتين لأنهما **لا يجتمعان** عملا فكما أخذ في عمل إحداهما صار رافضا للأخرى ولزمه الدم بالرفض

قال وإذا ساق هديا للقران فقدم وقد فاته الحج قال يصنع بهديه ما شاء لأنه ملكه وقد أعده لمقصوده فإذا فاته ذلك المقصود صنع به ما أحب وكذلك إن لم يفته ولكنه جامع لأن بالجماع فسد حجه وخرج من أن يكون قارنا وإنما أعد هذا الهدي للقران فإذا فاته ذلك صنع به ما شاء فإن كان هديه قد نتج في الطريق ثم فاته الحج أو جامع أو أحصر صنع أيضا بالولد ما شاء لأنه جزء من الأم فكما يصنع بالأم ما شاء فكذلك بالولد وإن لم يكن شيء من هذه العوارض فعليه أن ينحر الأم والولد جميعا فإن نحر الأم ووهب الولد أو باعه فعليه قيمة الولد وكذلك إن ولد هذا الولد ولدا فعليه قيمة ذلك الولد أيضا لأن ما ثبت من الحق في الأصل سري إلى الولد لكونه جزء من أجزائه وإن كان قد كفر عن الولد بعد ما وهبه أو باعه ثم حدث له ولد لم يكن عليه من قبل ولده شيء لأن بأداء الكفارة قد سقط عنه الحق في الولد لله تعالى فلا يلزمه فيما يلد هذا الولد بعد ذلك شيء بخلاف ما قبل التكفير فإن حق الله تعالى في الولد لازم إياه قبل التكفير فيسري إلى ما يتولد منه وهو نظير من أخرج ظبية من الحرم فكفر عنها ثم ولدت ثم ماتت لم يكن عليه فيها ولا في ولدها شيء وإن لم يكفر عنها كان عليه فيها وفي ولدها الكفارة

قال محرم بالحج قدم " مكة " وطاف بالبيت ثم خرج إلى الربذة فأحصر بها ثم قدم " مكة " بعد فوات الحج فعليه أن يحل بعمرة ولا يكفيه الطواف الأول لأن ذلك كان طواف التحية وليس لطواف التحية أثر في التحلل ولأن التحلل بالطواف يكون في يوم النحر أو بعده وذلك الطواف كان قبل يوم النحر فلا يكون معتبرا في التحلل وإن كان خروجه إلى الربذة بعد الوقت لم يفته " لقوله صلى الله عليه و سلم من أدرك " عرفة " فقد أدرك الحج " ثم قد تقدم بيان ما عليه من الدماء بعد هذا بسبب الترك والتأخير . قال فإن أهل بعمرة في أشهر الحج ثم قدم " مكة " بعد يوم النحر يقضي عمرته وليس عليه شيء لأن العمرة غير مؤقتة فلا يفوته عمل العمرة بمضي أيام النحر فلهذا لا يلزمه شيء

والحاصل أن جميع السنة وقت العمرة عندنا ولكن يكره أداؤها في خمسة أيام : يوم " عرفة " ويوم النحر وأيام التشريق هكذا روي عن " عائشة " رضي الله عنها أنها كانت تكره العمرة في هذه الأيام الخمسة ولأن الله تعالى سمى هذه الأيام أيام الحج فيقتضي أن تكون متعينة للحج الأكبر فلا يجوز الاشتغال فيها بغيرها

وعلى قول " الشافعي " - رحمه الله تعالى - : لا تكره العمرة في هذه الأيام الخمسة

وعن " أبي يوسف " - رحمه الله تعالى - أنه لا تكره العمرة في يوم " عرفة " قبل الزوال لأن دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله ولكن مع هذه الكراهة لو أدى العمرة في هذه الأيام صح فيبقى محرما في هذه الأيام بها وهو نظير بقاء حرمة الصلاة بعد دخول وقت الكراهة

قال وإذا أهل الحاج صبيحة يوم النحر بحجة أخرى لزمته ويقضي ما بقي عليه من الأولى ويقيم حراما إلى أن يؤدي الحج بهذا الإحرام من قابل لأنه أحرم بعد مضي وقت الحج من السنة الماضية فينعقد إحرامه لأداء الحج به في السنة القابلة وعليه بجمعه بين الحجتين دم لأن إحرامه للحج باق ما لم يتحلل بالحلق والطواف والجمع بين إحرام الحجتين ممنوع عنه فإذا فعل ذلك لزمه الدم بالجمع المنهي عنه وهذا بخلاف ما إذا أهل بحجتين لأن الدم هناك يلزمه لرفض إحداهما لأن الجمع هناك لا يتحقق حين صار قاضيا لإحداهما وهنا يتحقق لأنه يؤدي ما بقي من أعمال الأولى من غير أن يصير رافضا للأخرى فلهذا لزمه للجمع بينهما دم وإن قدم الحاج " مكة " فأدرك الوقوف بمزدلفة لم يكن مدركا للحج " لقوله صلى الله عليه و سلم : من فاته " عرفة " بليل فقد فاته الحج " ثم ذكر بعد هذا حكم الإهلال بحجتين أو بعمرتين وقد بينا ذلك ويستوي فيه إن أهل بهما معا أو بإحداهما ثم بالأخرى معا لأنه جامع بين الإحرامين في الحالين فإن رفض إحدى العمرتين ثم قضاها في العام القابل ومعها حجة فهو قارن لأن القران بالجمع بين الحجة والعمرة فكما أن كون الحج في ذمته لا يمنع تحقق القران فكذلك كون العمرة واجبة في ذمته وكذلك إن أتى بهذه العمرة في أشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فهو متمتع إن لم يكن ألم بأهله بين النسكين حلالا فإن ألم بأهله بين النسكين حلالا لم يكن متمتعا بلغنا ذلك عن " ابن عمر " وسعيد بن المسيب - رضي الله عنهم - وهذا بخلاف القارن إن رجع إلى أهله بعد طواف العمرة لأنه إنما رجع محرما فلم يصح إلمامه بأهله فلهذا كان قارنا وقد بينا الفرق بين المتمتع الذي ساق الهدي وبين الذي لم يسق الهدي في حكم الإلمام بأهله وقد بينا الفرق أيضا في حكم المكي الذي قدم الكوفة وبينا القران والتمتع وروى " ابن سماعة " عن ا " محمد " أن المكي إذا قدم الكوفة إنما يجوز له أن يقرن إذا كان خروجه من الميقات قبل دخول أشهر الحج فأما إذا دخلت أشهر الحج قبل خروجه من الميقات فقد حرم عليه القران والتمتع فلا يرتفع ذلك بالخروج عن الميقات بعد ذلك

قال وإذا قدمت المرأة " مكة " محرمة بالحج حائضا مضت على حجتها غير أنها لا تطوف بالبيت حتى تطهر " لقوله صلى الله عليه و سلم ل " عائشة " - رضي الله عنها - واصنعي جميع ما يصنعه الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت " فإذا طهرت بعد مضي أيام النحر طافت للزيارة ولا شيء عليها بهذا التأخير لأنه كان بعذر الحيض وعليها طواف الصدر لأنها طاهرة وإن حاضت بعد ما طافت للزيارة يوم النحر فليس عليها طواف الصدر لما بينا من الرخصة الواردة للحائض في ذلك

قال وليس على أهل " مكة " ومن وراء الميقات طواف الصدر إنما ذلك على أهل الآفاق الذين يصدرون عن البيت بالرجوع إلى منازلهم فإن نوى الإقامة " بمكة " واتخذها دارا سقط عنه طواف الصدر إن كانت نيته قبل أن يحل النفر الأول لأن وقت الصدر بعد حل النفر الأول فإنما جاء وقت الصدر وهو من أهل " مكة " فلا يلزمه طواف الصدر وإن كانت نيته الإقامة بعد ما حل النفر الأول فعليه طواف الصدر في قول " أبي حنيفة " و ا " محمد " رحمهما الله تعالى لأن

ذلك قد لزمه بمجيء وقت الصدر قبل نية الإقامة فلا يسقط عنه بنيته الإقامة بعد ذلك كالمرأة إذا حاضت بعد خروج وقت الصلاة لا تسقط عنها تلك الصلاة

(يتبع . . .) ." [١]

" (قال) (وإذا طلقها واحدة في الطهر أو في الحيض أو بعد الجماع فهو يملك الرجعة ما دامت في العدة) لأن النبي – صلى الله عليه و سلم – طلق سودة – رضي الله تعالى عنها – بقوله اعتدي ثم راجعها وطلق حفصة – رضي الله عنها – ثم راجعها بالوطء ويستوي إن طالت مدة العدة أو قصرت لأن النكاح بينهما باق ما بقيت العدة وقد روي أن علقمة – رضي الله عنه – طلق امرأته فارتفع حيضها سبعة عشر شهرا ثم ماتت فورثه ابن مسعود – رضي الله عنه منها – وقال إن الله تعالى حبس ميراثها عليك فإذا انقضت العدة قبل الرجعة فقد بطل حق الرجعة وبانت المرأة منه وهو خاطب من الخطاب يتزوجها برضاها إن اتفقا على ذلك وإذا أراد أن يراجعها قبل انقضاء العدة فأحسن ذلك أن لا يغشاها حتى يشهد شاهدين على رجعتها والإشهاد على الرجعة مستحب عندنا

وفي أحد قولي الشافعي – رحمه الله تعالى – شرط لا تصح الرجعة إلا به وهو قول مالك – رحمه الله تعالى

وهذا عجيب من مذهبه فإنه لا يجعل الإشهاد على النكاح شرطا ويجعل الإشهاد على الرجعة شرطا لظاهر قوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ والأمر على الوجوب ومذهبنا مروي عن ابن مسعود وعمار بن ياسر – رضي الله عنهما – ولأن الرجعة استدامة للنكاح والإشهاد ليس بشرط في استدامة النكاح وبيانه أن الله تعالى سمى الرجعة إمساكا وهو منع للمزيل من أن يعمل عمله بعد انقضاء المدة فلا يكون الإشهاد عليه شرطا كالفيء في الإيلاء والمراد بالآية الاستحباب ألا ترى أنه جمع بين الرجعة والفرقة وأمر بالإشهاد عليهما ثم الإشهاد على الفرقة مستحب لا واجب فكذلك على الرجعة وهو نظير قوله تعالى ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ (البقرة : ٢٨٢) ثم البيع صحيح من غير إشهاد وليس في الرجعة عوض لا قليل ولا كثير لأنه استدامة للملك فلا يستدعي عوضا ولهذا لا يعتبر فيه رضاها ولا رضى المولى لأن الله تعالى جعل الزوج أحق بذلك بقوله تعالى ﴿ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ﴾ (البقرة : ٢٢٨) وإنما يكون أحق إذا استبد به والبعل هو الزوج وفي تسميته بعلا بعد الطلاق الرجعي دليل بقاء الزوجية بينهما فالمباعلة هي المجامعة

ففيه إشارة إلى أن وطأها حلال له وهو قول علماؤنا أن الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء ولكن لا يستحب له أن يطأها قبل الإشهاد على المراجعة لأنه يصير مراجعا لها من غير شهود

وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – يحرم عليه وطأها ما لم يراجعها ولهذا شرط الإشهاد على الرجعة لأنه سبب لاستباحة الوطء واستدل بقوله تعالى ﴿ إن أرادوا اصلاحا ﴾ والإصلاح يكون بعد تمكن الفساد ولم يتمكن الفساد هنا بزوال أصل الملك عرفنا أنه تمكن الفساد بحرمة الوطء ويجوز أن تثبت حرمة الوطء مع قيام أصل الملك كمن كاتب أمته يحرم عليه وطأها وإن بقي الملك بعد الكتابة ولهذا لا يلزمه مهر جديد بالوطء كما في المكاتبة ولأن هذا طلاق واقع فيحرم الوطء كالواقع بقوله : أنت بائن وتقريره أن الأقراء يحتسب بها من العدة بعد الطلاق ومع بقاء ملك النكاح مطلقا لا

---

(١) المبسوط، ٣٠/٤

يحتسب بالأقراء من العدة لأن العدة لصيانة الماء وصون الماء بالنكاح أبلغ منه بالعدة ولأن العدة لتبين فراغ الرحم فيستحيل أن تكون هي مشغولة بما يبين فراغ رحمها ويكون الزوج مسلطا على شغل رحمها

والدليل عليه أنها إذا جاءت بالولد إلى سنتين يجعل هذا من علوق قبل الطلاق ولو بقي الحل بينهما لكان يستند العلوق إلى أقرب الأوقات وهي ستة أشهر وحجتنا في ذلك أن الله تعالى سمى الرجعة إمساكا وذلك استدامة للملك فدل أن الملك باق على الإطلاق وملك النكاح ليس إلا ملك الحل فإنه لا يملك عينها ولا منافعها فبقاء ملك النكاح مطلقا يكون دليل بقاء حل الوطء إلا بعارض يحرم به الوطء في ملك اليمين كالحيض والظهار واختلاف الدين وبكونها مطلقة لا يحرم الوطء بملك اليمين لأنها لو كانت أمة فاشتراها بعد الطلاق كان له أن يطأها فكذلك لا يحرم الوطء في ملك النكاح

والدليل على بقاء الملك مطلقا أنه يملك التصرفات كالظهار والإيلاء واللعان وأنهما يتوارثان وأنه يملك الاعتياض بالخلع وملك الاعتياض لا يكون إلا مع بقاء أصل الملك وأنه بعد الرجعة يحل له وطأها والرجعة ليست بسبب لحل الوطء مقصودا حتى لا يعتبر فيها المهر ولا رضاها والدليل عليه أن الطلاق بعد الطلاق واقع فلو كان حكم الطلاق زوال الملك به لم يقع الطلاق بعد الطلاق لأن المزال لا يزال وكما أن الطلاق الثاني واقع من غير أن يزول الملك به فكذلك الأول لأن الحكم الأصلي للطلاق رفع الحل عن المحل إذا تم ثلاثا فأما زوال الملك به معلق بانقضاء العدة قبل الرجعة والمعلق بالشرط عدم قبله وإنما سمى الله تعالى الرجعة ردا واصلاحا لأنه يعيدها بالرجعة إلى الحالة الأولى حتى لا تبين بانقضاء العدة لا لأنه يعيدها إلى الملك وملك النكاح ليس نظير ملك اليمين فإن صفة الحل هناك تنفصل عن أصل الملك ابتداء وبقاء كالأخت من الرضاعة والأمة المجوسية وهنا صفة الحل تنفصل عن أصل الملك ابتداء وبقاء مع أن المكاتبة صارت أحق بنفسها بما التزمت من العوض وهنا الزوج أحق بها

ووزان هذا من المكاتبة أن لو طلقها بعوض وكون الطلاق واقعا لا يكون دليل حرمة الوطء مع قيام الملك كما بعد الرجعة فإن الطلاق يبقى واقعا والوطء حلال وهذا لأن هذه الإزالة بطريق الإسقاط والمسقط يكون متلاشيا لا يتصور إعادته والاحتساب بالأقراء من العدة لأنه صار غير مريد لها بالطلاق كمن وطئ أمته ثم أراد بيعها يستبرئها مع قيام الملك والحل واستناد العلوق إلى أبعد الأوقات للتحرز عن إثبات الرجعة بالشك فإنا لو أسندنا العلوق إلى أقرب الأوقات جعلناه مراجعا لها بالشك

وهو بناء على مذهبنا أن جماعه إياها في العدة رجعة منه

وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – لا يكون رجعة واعتبر الرجعة بأصل النكاح فكما لا يثبت أصل النكاح بالفعل فكذلك لا تثبت الرجعة وفي الحقيقة هذا بناء على ما تقدم فإن عنده الرجعة سبب لاستباحة الوطء ورفع الخلل الواقع في الملك فلا يكون إلا بالقول والجماع قبل الرجعة حرام فلا يكون سببا للحل

وعندنا الرجعة استدامة للملك والفعل المختص به يكون أدل على استدامة الملك من القول وهو نظير الفيء في الإيلاء فإنه منع للمزيل من أن يعمل بعد انقضاء العدة وذلك يحصل بالجماع ونقول أكثر ما في الباب أن يثبت له أن الطلاق مزيل للملك ولكن المزيل متى ظهر وأعقب خيار الاستبقاء في مدة معلومة يكون مستبقيا للملك بالوطء كمن با ع

أمته على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها صار بالوطء مستبقيا للملك بل أولى لأن هناك يحتاج إلى فسخ السبب المزيل وهنا لا يحتاج إلى رفع الطلاق الواقع

وكذلك لو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة لأن هذه الأفعال تختص بالملك الموجب للحل كالوطء فتكون مباشرته دليل استبقاء الملك ألا ترى في ثبوت حرمة المصاهرة جعلت هذه الأفعال بمنزلة الوطء فكذلك في حكم الرجعة والأحسن له أن يشهد شاهدين بعد ذلك هكذا قال ابن مسعود – رضي الله تعالى عنه – حين سئل عمن طلق امرأته ولم يعلمها حتى غشيها فقال طلقها لغير السنة وراجعها على غير السنة وليشهد على ذلك شاهدين

(قال) (ولا يكون النظر إلى شيء من جسدها سوى الفرج رجعة) لأن ذلك لا يختص بالملك ولأنه لا تثبت به حرمة المصاهرة ولأن النظر إلى الفرج نوع استمتاع فإن النظر إلى الفرج إما لحسنه أو للإستمتاع وليس في الفرج معنى الحسن فكان النظر إليه استمتاعا بخلاف سائر الأعضاء والنظر إلى الفرج بغير شهوة لا يكون رجعة لأنه غير مختص بالملك فإن القابلة تنظر والخافضة كذلك فأما إذا قبلته بشهوة أو لمسته بشهوة أو نظرت إلى فرجه بشهوة تثبت به الرجعة عند أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – ولا تثبت عند أبي يوسف – رحمه الله تعالى – لأن هذا الفعل من الزوج دليل استبقاء الملك وليس لها ولاية استبقاء الملك فلا يكون فعلها رجعة وأبو حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – قالا : فعلها به كفعله بها فإن الحل مشترك بينهما وفعلها به في حرمة المصاهرة كفعله بها فكذلك في الرجعة

ثم فرق أبو يوسف – رحمه الله تعالى في ظاهر الرواية بين هذا وبين الخيار فقال الأمة إذا فعلت ذلك بالبائع في مدة الخيار يكون فسخا للبيع وهنا لا يكون رجعة منها لأن إسقاط الخيار قد يحصل بفعلها وهو ما إذا جنت على نفسها أو قتلت نفسها والرجعة لا تكون بفعلها قط وقد روى بشر عن أبي يوسف – رحمهما الله تعالى – التسوية بين الفصلين فقال لا يسقط هناك الخيار بفعلها

ومحمد – رحمه الله تعالى – يفرق فيقول هناك يسقط الخيار بفعلها لما فيه من فسخ البيع إن كان الخيار للبائع وإثبات الملك إن كان الخيار للمشتري وليس إليها ذلك وهنا ليس في الرجعة فسخ السبب ولا إثبات الملك ولكن إنما تثبت الرجعة بفعلها إذا أقر الزوج أنها فعلت ذلك بشهوة فأما إذا ادعت هي وأنكر الزوج لا تثبت الرجعة وكذلك إن شهد شاهدان أنها فعلت ذلك بشهوة لأن الشهود لا يعرفون ذلك إلا بقولها وقولها غير مقبول إذا أنكره الزوج

(قال) (وتعليق الرجعة بالشرط باطل وكذلك الإضافة إلى وقت حتى إذا قال راجعتك غدا أو إذا جاء غد فهو باطل) لأنه استدامة الملك فلا يحتمل التعليق بالشرط كأصل النكاح وإنما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يحلف به ولا يحلف بالرجعة بخلاف الطلاق وهو نظير الإذن للعبد والتوكيل يحتمل التعليق بالشرط لأنه إطلاق ورفع للقيد والحجر على العبد وعزل الوكيل لا يحتمل التعليق بالشرط لأنه تقييد

(قال) (وإن قال كنت راجعتك أمس صدق إن كانت في العدة بعد) لأنه أخبر بما يملك استئنافه فلا يكون متهما في الإخبار ولم يصدق إذا قال ذلك بعد انقضاء العدة لأنه أخبر بما لا يملك استئنافه وهذا لأن الإقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فإذا كان يملك مباشرته في الحال تنتفي تهمة الكذب عن خبره وإذا كان لا يملك مباشرته تتمكن تهمة

الكذب في خبره وهو كالوكيل بالبيع إذا قال قبل العزل كنت بعته من فلان يصدق بخلاف ما لو قال بعد العزل فإن صدقته المرأة في إخباره بعد انقضاء العدة كان مصدقا لأن الحق لا يعدوهما وتصادقهما على الرجعة كتصادقهما على أصل النكاح

(قال) (وإذا طهرت من الحيضة الثالثة غير أنها لم تغتسل فالرجعة باقية له عليها) وهذا إذا كانت أيامها دون العشرة فأما إذا كانت أيامها عشرة فقد تيقنا بخروجها من الحيض بنفس انقطاع الدم وإذا كانت أيامها دون العشرة لم نتيقن بذلك لجواز أن يعاودها الدم فيكون ذلك حيضا إذا لم يجاوز العشرة

وقد قالت الصحابة - رضوان الله عليهم - الزوج أحق برجعتها ما لم تغتسل أو ما لم تحل لها الصلاة وحل الصلاة يكون بالاغتسال

وإذا أخرت الغسل حتى ذهب وقت أدنى الصلاة إليها انقطع حق الرجعة عندنا ولا ينقطع عند زفر - رحمه الله تعالى - عملا بقول الصحابة - رضي الله عنهم - (ما لم تحل لها الصلاة) ولبقاء توهم معاودة الدم وكون ذلك حيضا

ولكنا نقول بذهاب الوقت صارت الصلاة دينا في ذمتها وذلك من خواص أحكام الطاهرات فإذا انضم ذلك إلى الانقطاع تقوى به كالاغتسال ولا يعتبر توهم معاودة الدم بعده كما لا يعتبر بعد الاغتسال

وقيل : في معنى قول الصحابة - رضي الله عنهم - حتى تحل لها الصلاة أي تحل عليها الصلاة بأن تلزمها بذهاب الوقت وهو نظير قوله تعالى ﴿ أولئك لهم اللعنة ﴾ أي عليهم اللعنة أرأيت لو أخرت الاغتسال شهرا طمعا في أن يراجعها الزوج أكان تبقى الرجعة إلى هذه المدة هذا قبيح

فإذا انقضت عدتها ثم أقام الزوج البينة أنه قال في عدتها قد راجعتها أو أنه قال قد جامعتها كان ذلك رجعة لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وهذا من أعجب المسائل فإنه يثبت إقرار نفسه بالبينة بما لو أقر به للحال لم يكن مقبولا منه وإن لم تكن له بينة وكذبته المرأة فأراد أن يستحلفها فلا يمين له عليها في قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى

وفي قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - عليها اليمين لأن هذا استحلاف في الرجعة

وأبو حنيفة - رحمه الله تعالى - لا يرى ذلك على ما بيناه في النكاح فإن قيل أليس أنها لو ادعت انقضاء عدتها تستحلف في ذلك ثم لو نكلت كان للزوج أن يراجعها قلنا ذلك استحلاف في العدة فإذا نكلت بقيت العدة وهي محل الرجعة وهذا استحلاف في نفس الرجعة والخلوة بالمعتدة ليست برجعة لأنها لا تختص بالملك فإنه يحل للرجل أن يخلو بذوات محارمه فلا يكون دليل استدامة الملك

(قال) (ولو كتمها الطلاق ثم راجعها وكتمها الرجعة فهي امرأته) لأنه في إيقاع الطلاق هو مستبد به وكذلك في الرجعة فإنه استدامة لملكه ولا يلزمها به شيئا فلا معتبر بعلمها فيه ولكنه أساء فيما صنع حين ترك الإشهاد على الرجعة وهو مستحب قال : بلغنا عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه كان إذا أراد أن يراجع امرأته لم يدخل عليها حتى يشهد

(قال) (وإذا قال زوج المعتدة لها قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي فالقول قولها عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - ولا تثبت الرجعة وعندهما القول قول الزوج والرجعة صحيحة) لأنها صادفت العدة فإن عدتها باقية ما لم تخبر بالانقضاء وقد سبقت الرجعة خبرها بالانقضاء فصحت الرجعة وسقطت العدة فإنها أخبرت بالانقضاء بعد سقوط

العدة وليس لها ولاية الإخبار بعد سقوط العدة لو سكتت ساعة ثم أخبرت ولأنها صارت متهمة في الإخبار بالانقضاء بعد رجعة الزوج فلا يقبل خبرها كما لو قال الموكل للوكيل عزلتك فقال الوكيل كنت بعته

وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول : الرجعة صادفت حال انقضاء العدة فلا تصح لأن انقضاء العدة ليس بعدة مطلقا وشرط الرجعة أن تكون في عدة مطلقة وبيانه أنها أمينة في الإخبار ولا يمكنها أن تخبر إلا بعد الانقضاء فإذا أخبرت مجيبة للزوج عرفنا ضرورة أن الانقضاء سابق وأقرب أحواله حال قول الزوج راجعتك بخلاف ما إذا سكتت ساعة فإن أقرب الأحوال للانقضاء هناك حال سكوتها ولا يقال مصادفة الرجعة حال انقضاء العدة نادر لأن انقضاء العدة لا بد من أن يوافق حالة فتارة يوافق كلها وتارة يومها . وتارة قول الزوج راجعتك وإن تمكن ما هو نادر وهو رجعة الزوج في هذا الحالة وإنما تصير متهمة إذا فرطت في الإخبار بالتأخير ولا تفريط منها هنا لأنها لا تقدر على الإخبار إلا بعد الانقضاء بخلاف الوكيل فإنه مفرط في الإخبار لأن بيعه كان قبل العزل لا مع العزل

ولم يذكر في الكتاب ما إذا قال لها قد طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي قيل هو على هذا الخلاف

ولا يقع الطلاق عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – كما لو قال لها أنت طالق مع انقضاء عدتك

والأصح أنه يقع لإقرار الزوج بالوقوع كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتك في العدة كان مصدقا في ذلك بخلاف الرجعة

(قال) (التوارث قائم بين الرجل والمعتدة من طلاق رجعي) لأن الزوجية بينهما قائمة وإنما انتهت بالموت وهو سبب التوارث ويستوي فيه التطليقة والتطليقتان ويملك مراجعة المرأة الكتابية والمملوكة في عدتها مثل ما يملكه على الحرة المسلمة لأنها استدامة للملك كما قلنا والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الأمة في الطلاق والعدة لبقاء الرق المنصف للحل فيهن والمستسعاة كذلك عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – لأنها كالمكاتبة

(قال) (وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها في العدة وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – القول قول الزوج) لأن بضعها مملوك للمولى وينزل المولى فيها منزلة الحرة من نفسها حتى يصح تزويجه إياها وإقراره بالنكاح عليها فكذلك إقراره بالرجعة بمنزلة إقرار الحرة على نفسها به وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول : الرجعة تنبني على سبب لا قول للمولى فيه وهو قيام العدة فإن القول في العدة قولها في البقاء والانقضاء دون المولى فكذلك فيما ينبني عليه توضيحه : أن صحة الرجعة حال قيام العدة ولا ملك للمولى عند ذلك في البضع ولا تصرف فكان القول فيه قولها بخلاف التزويج والإقرار به عليها ولو كانت هي التي صدقت الزوج وكذبه المولى لم تثبت الرجعة أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – فلأن بضعها في الحال خالص حق المولى فإن عدتها منقضية فلهذا لا يقبل قولها في ذلك

(قال) (والمعتدة من طلاق رجعي تتشوف وتتزين له) لأن الزوجية باقية بينهما وهو مندوب على أن يراجعها وتشوفها لها يرغبه في ذلك فإن كان من شأنه أن لا يراجعها فأحسن ذلك أن يعلمها بدخوله عليها بالتنحنح وخفق النعل كي تتأهب لدخوله لا لأن الدخول عليها بغير الاستئذان حرام ولكن المرأة في بيتها في ثياب مهنتها فربما يقع بصره على فرجها وتقترن به الشهوة فيصير مراجعا لها بغير شهود وذلك مكروه وإذا صار مراجعا وليس من قصده إمساكها احتاج إلى

أن يطلقها وتستأنف العدة فيكون إضرارا بها من حيث تطويل العدة ولهذا قال أكره أن يراها متجردة إذا كان لا يريد رجعتها وإن رآها لم يكن عليه شيء لأن ما فوق الرؤية وهو الغشيان حلال له

(قال) (وإذا كانت معتدة من تطليقة بائنة أو فرقة بخلع أو إيلاء أو لعان أو اختيارها أمر نفسها أو بالأمر باليد أو ما أشبه ذلك فلا رجعة له عليها) لأن حكم الرجعة عرف بالنص بخلاف القياس والنص ورد بمطلق الطلاق فبقي الطلاق المقيد بصفة البينونة على أصل القياس وهذا لأن كونها مطلقة حكم مطلق الطلاق وهذا لا ينافي ملك النكاح كما بعد الرجعة وكونها مبانة أو مالكة أمر نفسها ينافي ملك النكاح والمتنافيان **لا يجتمعان** فإذا ثبتت البينونة انتفى النكاح ولا رجعة له عليها وفي الخلع إنما التزمت العوض لتتخلص من الزوج وذلك لا يحصل مع قيام الملك وحق الرجعة

(قال) (وإذا كان الطلاق بعد الخلوة وهو يقول لم أدخل بها فلا رجعة له عليها) لأنه مقر بالبينونة وسقوط حقه في الرجعة وإقراره على نفسه صحيح ولأن الخلوة إنما جعلت تسليما في حق المهر لدفع الضرر عنها وذلك المعنى لا يوجد في الرجعة لأنها حق الزوج وهو متمكن من غشيانها

(قال) (وإن كانت حين خلا بها حائضا أو صائمة في رمضان أو محرمة أو رتقاء فلا رجعة له عليها) لأن الخلوة فاسدة في هذه الأحوال فإذا كان حق الرجعة لا يثبت بالخلوة الصحيحة فبالفاسدة أولى وعليه نصف المهر إلا على قول ابن أبي ليلى - رحمه الله - فإنه يقول جميع المهر لأن عليها العدة بالاتفاق ولكنا نقول في العدة معنى حق الشرع وهما متهمان في ذلك فأما المهر حقها فيفصل فيه بين الخلوة الصحيحة والفاسدة وقد بينا فصول الخلوة في كتاب النكاح

(قال) (وإذا كان عنينا أو مجبوبا أو خصيا فخلا بها ولم يدخل بها فلا رجعة له عليها) لأنه لو كان فحلا ولم يدخل بها لم يكن له حق المراجعة في العدة فإذا كان المانع من الدخول ظاهرا فيه أولى أن لا يكون له حق المراجعة في العدة

(قال) (وإذا ادعى الزوج الدخول بها وقد خلا بها وأنكرته المرأة فله الرجعة) لأن الظاهر شاهد له لأن الظاهر من حال الفحل أنه متى خلا بالانثى التي تحل له نزا عليها فإن قيل الظاهر حجة لدفع الاستحقاق والزوج إنما يريد استحقاق الرجعة بقوله قلنا : لا كذلك بل الزوج إنما يستبقي ملكه بما يقول ويدفع استحقاقها نفسها والظاهر يكفي لذلك

(قال) (وإن لم يخل بها حتى طلقها وادعى الدخول فلا رجعة له عليها) لأنه يدعي عارضا لا يعرف سببه ولأنه لا عدة له عليها في هذه الحالة فإن إنكارها سبب العدة كإنكارها أصل العدة والرجعة لا تكون إلا في العدة

(قال) (وإذا قالت إن عدتي قد انقضت وذلك في وقت لا تحيض فيه ثلاث حيض لم تصدق على ذلك) لأن الأمين إنما يقبل خبره إذا لم يكن مستحيلا أو مستنكرا فإذا أخبرت بما هو مستحيل أو مستنكر . لم تصدق في خبرها ثم بين أدنى المدة التي تصدق فيها وهو شهران في قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وتسعة وثلاثون يوما في قولهما وقد بينا هذه المسألة بفروعها في آخر كتاب الحيض

(قال) (فإن قالت قد أسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعض الخلق صدقت على ذلك) لأنها مسلطة أمينة في الإخبار بما في رحمها قال الله تعالى ﴿ ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن ﴾ (البقرة : ٢٢٢) والنهي عن

الكتمان أمر بالإظهار وقال أبي بن كعب - رضي الله تعالى عنه - إن من الأمانة أن تؤمن المرأة على ما في رحمها فإذا أخبرت بذلك وكان محتملا وجب قبول خبرها من غير بينة وإن أتهمها الزوج حلفها

(قال) (كل سقط لم يستبين شيء من خلقه لا تنقضي به العدة) لأنه ليس له حكم الولد بل هو كالدم المتجمد

وعند الشافعي - رحمه الله تعالى - يمتحن بالماء الحار فإذا ذاب فيه فهو دم وإن لم يذب فهو ولد ولكن هذا من باب الطب لا من باب الفقه وقد بيناه في كتاب الحيض

(قال) (وإذا قالت بعد مضي شهرين قد انقضت عدتي وقال الزوج قد أخبرتني أمس أنها لم تحض شيئا فإن كذبته المرأة فالقول قولها مع يمينها) لأنه يدعي عليها ما لا يعرف سببه وهي تنكر ذلك وقد ظهر انقضاء العدة بخبرها وإن صدقته في ذلك فله أن يراجعها لأن الثابت بالتصادق كالثابت بالمعاينة وبعد ما أخبرت أمس أنها لم تحض شيئا فإخبارها في اليوم بانقضاء العدة مستحيل ولأن الحق لهما لا يعدوهما وقد تصادقا على قيام الزوجية بينهما

(قال) (فإن كانت تعتد بالشهور لصغر أو إياس فحاضت انتقض ما مضى من عدتها بالشهور وكان عليها ثلاث حيض) أما في الآيسة فظاهر لأنها لما حاضت تبين أنها لم تكن آيسة وإنما كانت ممتدا طهرها وأما في الصغيرة إذا حاضت فلأنها قدرت على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل والقدرة على الأصل تمنع اعتبار البدل ولا يكمل مع الأصل لأنهما لا يلتقيان فلا بد من الاستئناف وعلى هذا قالوا لو طلقها تطليقة فحاضت وطهرت قبل مضي الشهر له أن يطلقها أخرى لأن الفصل بالشهر بين الطلاقين كان قبل ظهور الحيض

(قال) (وكذلك لو حاضت حيضة ثم أيست من الحيض اعتدت بالشهور ثلاثة أشهر بعد الحيضة) لأن إكمال الأصل بالبدل غير ممكن فلا بد من الاستئناف وإياسها أن تبلغ من السن ما لا يحيض فيه مثلها لأنه معنى في باطنها لا يوقف على حقيقته فلا بد من اعتبار السبب الظاهر فيه وإذا بلغت من السن ما لا يحيض فيه مثلها وهي لا ترى الدم فالظاهر أنها آيسة ولم يقدر السن في الكتاب وقد روي عن محمد - رحمه الله تعالى - التقدير بخمسين سنة وفي رواية ستين سنة وفصل في رواية بين الروميات والخراسانيات ففي الروميات التقدير بخمسين سنة لأن الهرم يسرع إليهن وفي الخراسانيات التقدير بستين سنة وأكثر مشايخنا على التقدير بالزيادة على خمسين سنة فقد قالت عائشة - رضي الله تعالى عنها - إذا جاوزت المرأة خمسين سنة لم تر في بطنها قرة عين

(قال) (وإذا طلق الرجل امرأته واحدة ثم راجعها في الحيضة الثانية ثم طلقها بعد الطهر وتركها حتى حاضت الثالثة ثم راجعها ثم طلقها بعد الطهر فعليها العدة بعد التطليقة الثالثة ثلاث حيض) لأن الرجعة قد صحت لمصادفتها العدة فإذا طلقها كان عليها عدة مستقبلة وقد أساء فيما صنع لأنه طول العدة عليها وجاء عن ابن عباس - رضي الله عنه - في تأويل قوله تعالى : ﴿ ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ﴾ (البقرة : ٢٣١) أنه نزل فيما ذكرنا وأما قوله تعالى : ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾ (البقرة : ٢٣٢) إنما نزلت فيما إذا خطبها الزوج بعد انقضاء عدتها وأبى أولياؤها أن يتركوها

(قال) (وإذا اغتسلت المعتدة من الحيضة الثالثة غير أنه بقي منها عضو لم يصبه الماء فالزوج يملك الرجعة ولو بقي ما دون العضو لم يكن للزوج عليها رجعة قال هذا والأول سواء غير أني أستحسن) ولم يذكر في الكتاب نصا موضع

القياس والاستحسان وقيل عند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - القياس والاستحسان في العضو الكامل في القياس ينقطع لأنها مغتسلة وقد غسلت أكثر البدن وللأكثر حكم الكل وفي الاستحسان لا ينقطع لأن العضو الكامل ورد الخطاب بتطهيره شرعا فبقاؤه كبقاء جميع البدن ولأن العضو الكامل لا يقع الانتقال عنه عادة فلا يسرع إليه الجفاف عادة بخلاف ما دونه

وعند محمد - رحمه الله تعالى - القياس والاستحسان فيما دون العضو وفي القياس يبقى حكم الرجعة لبقاء حكم الحدث كما قال صلى الله عليه و سلم (تحت كل شعرة جنابة) ولأنه لم تحل لها الصلاة فكان هذا وبقاء عضو كامل سواء وفي الاستحسان تنقطع الرجعة لأن ما دون العضو لقلته يسرع إليه الجفاف فلا يتيقن بعدم إصابة الماء فلهذا يؤخذ فيه بالاحتياط فتنقطع الرجعة ولكن لا يحل لها أن تتزوج حتى تغسل ذلك الموضع احتياطا لأن الماء لم يصل إلى ذلك الموضع من حيث الظاهر

(قال) (ولو تركت المضمضة والاستنشاق في الاغتسال لا تنقطع الرجعة عند أبي يوسف - رحمه الله تعالى -) لبقاء عضو كامل وتنقطع عند محمد - رحمه الله - احتياطا لشبهة اختلاف العلماء - رحمهم الله تعالى - فإن من الناس من يقول المضمضة والاستنشاق في الاغتسال سنة فكان الاحتياط في قطع الرجعة

(قال) (وإذا لم تقدر على الماء بعد ما طهرت وأيامها دون العشرة فتيممت وصلت مكتوبة أو تطوعا فقد انقطعت الرجعة) لأنا حكمنا بطهارتها حين جوزنا صلاتها بالتيمم فهو بمنزلة ما لو مضى عليها وقت صلاة وهناك تنقطع الرجعة فهنا كذلك فإن وجدت الماء بعد هذا اغتسلت ولم يعد حق الرجعة لأن صلاتها تلك بقيت مجزئة وهذا بخلاف ما إذا عاودها الدم لأن بمعاودة الدم تبين أن الانقطاع لم يكن طهرا وبوجود الماء لا يتبين ذلك فأما إذا تيممت ولم تصل فللزوج عليها حق الرجعة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - استحسانا

وفي قول محمد - رحمه الله تعالى - قد انقطعت الرجعة وهو القياس لأن التيمم عند عدم الماء ينزل منزلة الاغتسال عند وجود الماء فيما يبنى أمره على الاحتياط بدليل حل أداء الصلاة لها وحل دخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف والحكم بسقوط الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط ألا ترى أنها لو اغتسلت وبقي على بدنها لمعة تنقطع الرجعة عنها احتياطا وإن لم يحل لها أداء الصلاة فهنا أولى

وكذلك لو اغتسلت بسؤر الحمار ولم تجد غيره تنقطع الرجعة احتياطا ولم يحل لها أداء الصلاة في هذين الموضعين فهنا أولى أن تنقطع الرجعة وقد حل لها أداء الصلاة وهذا لأن التيمم طهارة عند عدم الماء قال الله تعالى ﴿ ولكن يريد ليطهركم ﴾ (المائدة : ٦)

فإذا أتت به لم تبق مخاطبة بالتطهير فتنقطع الرجعة كالنصرانية تحت مسلم إذا انقطع دمها من الحيضة الثالثة انقطعت الرجعة بنفس الانقطاع لأنها غير مخاطبة بالتطهير

وأبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله تعالى - قالا : التيمم طهارة ضعيفة فلا تنقطع به الرجعة كنفس الانقطاع

وبيانه أنه لا يرفع الحدث بيقين حتى أن المتيمم إذا وجد الماء كان محدثا بالحدث السابق ولأنه في الحقيقة تلويث وتغيير وهذا ضد التطهير وإنما جعل طهارة حكما لضرورة الحاجة إلى أداء الصلاة لأنها مؤقتة والثابت بالضرورة لا يعدو

موضع الضرورة فكان طهارة في حكم الصلاة وفيما هو من توابع الصلاة خاصة كدخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف ولا ضرورة في حكم الرجعة فكان التيمم في حكم الرجعة عند عدم الماء كهو عند وجود الماء

وتوضيحه : أن التيمم مشروع لمقصود وهو أداء الصلاة لا رفع الحدث به ولهذا لا يؤمر به قبل دخول الوقت وفي الوقت أيضا ينتظر آخر الوقت وما كان مشروعا لمقصود فقبل انضمام ذلك المقصود إليه كان ضعيفا فلا يزول به الملك كشهادة الشاهدين على الطلاق لما كان المقصود هو قضاء القاضي به فما لم ينضم إليه القضاء لا يكون مزيلا للملك وهذا بخلاف ما إذا بقي على بدنها لمعة لأن قطع الرجعة هناك لتوهم وصول الماء إلى ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكانت طهارة قوية في نفسها والاغتسال بسؤر الحمار كذلك فإنها طهارة قوية لكونها اغتسالا بالماء ولكنها تؤمر بضم التيمم إلى ذلك في حكم حل الصلاة احتياطا لاشتباه الأدلة في طهارة الماء وقد كان الأصل فيه الطهارة ولهذا لو اغتسلت به مع وجود ماء آخر تنقطع الرجعة أيضا لكونها طهارة قوية وإذا ثبت أن الطهارة قوية جاء موضع الاحتياط فقلنا بأنه تنقطع الرجعة احتياطا

ولا تحل للأزواج حتى تغتسل بماء آخر أو تتيمم وتصلي لاحتمال نجاسة ذلك الماء احتياطا وهذا بخلاف النصرانية فإنه ليس عليها اغتسال أصلا فكان نفس الانقطاع كطهارة قوية في نفسها وهنا الاغتسال واجب عليها بعد التيمم وإنما تعذر للعجز ولم يذكر في الكتاب ما إذا تيممت وشرعت في الصلاة والصحيح عند أبي حنيفة وأبي يوسف – رحمهما الله تعالى – أن الرجعة لا تنقطع ما لم تفرغ من الصلاة لأن الحال بعد شروعها في الصلاة كالحال قبله ألا ترى أنها إذا رأت الماء لا يبقى لتيممها أثر بخلاف ما بعد الفراغ فإنها وإن رأت الماء تبقى صلاتها مجزئة وتأويل قول ابن مسعود – رضي الله تعالى عنه – الزوج أحق برجعتها ما لم تحل الصلاة لها وحل الصلاة بالاغتسال فإنه صح من مذهبه أنه كان لا يرى التيمم للجنب والحائض وإن لم يجد الماء شهرا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ." (١)

" اعلم بأن الظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم مؤقت بالكفارة من غير أن يكون مزيلا للملك بيانه في قوله تعالى ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ (المجادلة : ٢) الآية وسبب نزولها قصة خولة بنت ثعلبة فإنها قالت : كنت تحت أوس بن الصامت – رضي الله عنه – وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته في بعض ما أمرني به فقال أنت علي كظهر أمي ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع إلي وراودني عن نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل إلي وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله ورسوله في ذلك فوقع علي فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير وقد خرجت إلى بعض جيراني فأخذت ثيابا ولبستها فأتيت رسول الله – صلى الله عليه و سلم – وأخبرته بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسني إليه فجعلت أشكو إلى الله ما أرى من سوء خلقه فتغشى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ما كان يغشاه عند نزول الوحي فلما سرى عنه قال قد أنزل الله تعالى فيك وفي زوجك بيانا وتلا قوله تعالى ﴿ قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها ﴾ (المجادلة : ١) إلى آخر آيات الظهار ثم قال مريه فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله فقال – صلى الله عليه و سلم – مريه أن يصوم شهرين متتابعين فقلت : هو شيخ كبير لا يطيق الصوم

(١) المبسوط، ٥/٥

فقال – صلى الله عليه و سلم – مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شيء يا رسول الله فقال – صلى الله عليه و سلم – إنا سنعينه بفرق وقلت أنا أعينه بفرق أيضا فقال – صلى الله عليه و سلم – افعلي واستوصي به خيرا . ثم اختلفت العلماء – رحمهم الله تعالى – في قوله تعالى ﴿ ثم يعودون لما قالوا ﴾ (المجادلة : ٣) فقال علماؤنا – رحمهم الله تعالى – هو العزم على الجماع الذي هو امساك بالمعروف

وقال الشافعي – رحمه الله تعالى – المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار

وقال داود المراد تكرار الظهار حتى إن على مذهبهم لا يلزمه الكفارة بالظهار مرة حتى يعيد مرة أخرى وهذا ضعيف لأنه لو كان المراد هذا لكان يقول ﴿ ثم يعودون لما قالوا ﴾ والدليل على فساده حديث أوس فإنه لم يكرر الظهار إنما عزم على الجماع وقد ألزمه رسول الله – صلى الله عليه و سلم – الكفارة وكذلك حديث سلمة بن صخر البياضي – رضي الله عنه – فإنه قال كنت لا أصبر عن الجماع فأدخل شهر رمضان ظاهرت من امرأتي مخافة أن لا أصبر عنها بعد طلوع الفجر فظاهرت منها شهر رمضان كله ثم لم أصبر فواقعتها وخرجت إلى قومي فأخبرتهم بذلك فشددوا الأمر علي فأتيت رسول الله – صلى الله عليه و سلم – وأخبرته بذلك فقال – صلى الله عليه و سلم – أنت بذاك فقلت أنا بذاك وها أنا بين يديك فامض في حكم الله تعالى فقال – صلى الله عليه و سلم – أعتق رقبة . الحديث كما روينا في كتاب الصوم وليس في هذا تكرار الظهار

والشافعي – رحمه الله تعالى – يقول كما سكت عن طلاقها عقيب الظهار فقد صار ممسكا لها فيتقرر عليه الكفارة

ولكنا نقول : المراد بقوله تعالى ﴿ ثم يعودون لما قالوا ﴾ (المجادلة : ٣) أن يأتي بضد موجب كلامه وموجب كلامه التحريم لا إزالة الملك فاستدامة الملك لا تكون ضده بل ضده العزم على الجماع الذي هو استحلال وبمجرد العزم عندنا لا تتقرر الكفارة أيضا حتى لو أبانها بعد هذا أو ماتت لم تلزمه الكفارة عندنا

والحاصل أن عند الشافعي – رحمه الله تعالى – معنى العقوبة يترجح في الكفارة فتجب بنفس الظهار الذي هو محظور محض إلا أنه يتمكن من إسقاطها بأن يصل الطلاق بكلامه شرعا فإذا لم يفعل تتقرر عليه الكفارة وعندنا في الكفارة معنى العبادة والعقوبة والمحظور المحض لا يكون سببا لها وإنما سببها ما تردد بين الحظر والإباحة وذلك إنما يتحقق بالعزم على الجماع الذي هو إمساك بالمعروف حتى يصير السبب به مترددا وسنقرر هذا الأصل في كتاب الإيمان إن شاء الله سبحانه وتعالى ثم لا خلاف أن هذه الكفارة على الترتيب دون التخيير فإن من كانت كفارته بالاعتاق أو الصيام فليس له أن يقربها حتى يكفر لقوله تعالى ﴿ من قبل إن يتماسا ﴾ المجادلة : ٣ ، ٤) فإن جامع قبل أن يكفر استغفر الله تعالى ولم يعد حتى يكفر لأنه ارتكب الحرام وليس عليه فيما صنع كفارة لما روي أن رجلا ظاهر من امرأته ثم وقع عليها من قبل أن يكفر فبلغ ذلك رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فأمره أن يستغفر الله تعالى ولا يعود حتى يكفر

ولو جامعها في صوم الكفارة بالنهار ناسيا أو بالليل عامدا فعليه استقبال الكفارة في قول أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – وقد بينا هذا في كتاب الصوم وكذلك لو أعتق نصف رقبة ثم جامعها ثم أعتق ما بقي لم يجزه عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – لأن الشرط في الإعتاق تقديمه على المسيس وإخلاؤه عنه كما في الصوم والعتق عنده يتجزأ وهذا التفريع لا يجيء على قولهما لأن العتق عندهما لا يتجزأ ولما أعتق بعضه عتق كله

وإن كانت كفارته بالإطعام فليس له أن يجامعها قبل التكفير عندنا

وقال مالك – رحمه الله – له ذلك . لأنه ليس في التكفير بالإطعام شرط التقديم على المسيس ولا مدخل للقياس في هذا الباب

ولكنا نستدل بقوله صلى الله عليه و سلم (استغفر الله ولا تعد حتى تكفر) من غير تفصيل ولأن من الجائز أن يقدر على الإعتاق أو الصيام فتصير كفارته بذلك فلو وطئها كان قد مسها قبل التكفير بالعتق وذلك حرام إلا أنه لو أطعم ثلاثين مسكينا ثم جامعها لا يلزمه استقبال الطعام بخلاف الإعتاق والصيام لأن شرط الإخلاء عن المسيس من ضرورة شرط التقديم على المسيس وذلك غير منصوص عليه في الإطعام وثبوته لمعنى في غير الإطعام على ما بينا فلهذا لا يلزمه الاستقبال بخلاف الإعتاق والصيام

(قال) (وإذا ظاهر الرجل من أربع نسوة له فعليه أربع كفارات عندنا) وقال الشافعي – رضي الله عنه إذا ظاهر منهن بكلمة واحدة لم يلزمه إلا كفارة واحدة لأن الظهار سبب موجب للكفارة فبالكلمة الواحدة لا ينعقد إلا ظهار واحد في حكم الكفارة كاليمين

ولو قال : لله علي أن لا أقربكن ثم قربهن لم يلزمه إلا كفارة واحدة . ولكنا نقول الظهار يوجب تحريما مؤقتا بالكفارة فإذا أضاف إلى محال مختلفة يثبت في كل محل حرمة لا ترتفع إلا بالكفارة كالتطليقات الثلاث لما كانت توجب حرمة مؤقتة بزوج فإذا أوجبها في أربع نسوة بكلمة واحدة تثبت في حق كل واحدة منهن حرمة لا ترتفع إلا بزوج بخلاف اليمين فإن الكفارة تجب هناك بهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث وذلك لا يتعدد بتعدد النساء

ومذهبنا مروي عن عمر – رضي الله تعالى عنه – وإبراهيم والحسن البصري – رحمهما الله تعالى

(قال) (وإذا ظاهر من امرأته مرتين أو ثلاثا في مجلس واحد أو مجالس متفرقة فعليه لكل ظهار كفارة) هكذا نقل عن علي – رضي الله تعالى عنه – ولأن تكرار الظهار في امرأة واحدة كتكرار اليمين فكما يجب باعتبار كل يمين كفارة فكذلك باعتبار كل ظهار

(فإن قيل) : فإذا ثبتت الحرمة المؤقتة بالظهار الأول كيف تثبت بالظهار الثاني والثالث

(قلنا) : بالظهار الأول تثبت الحرمة مع بقاء ملك المحل فيتحقق الظهار الثاني والثالث وأسباب الحرمة تجتمع في محل واحد فإن صيد الحرم حرام على المحرم لإحرامه ولكونه في الحرم والخمر حرام على الصائم لعينها ولصومه وليمينه إذا حلف لا يشربها والكفارة الثانية غير الكفارة الأولى فالحرمة الثانية في الحكم غير الأولى أيضا وإن ظاهر منها ثلاث مرات ونوى بالثاني والثالث تكرار الكلام الأول فعليه كفارة واحدة لأن صفة الإخبار والأنشاء في الظهار واحدة والكلام الواحد يعاد ويكرر ولا يجب به إلا ما يجب بالأول

(قال) (وإن قال لها أنت علي كظهر أمي أو كبطنها فهو مظاهر) لأن بطن الأم عليه في الحرمة كظهرها والظهار منكر من القول وزور كما قال الله تعالى وذلك أن يشبه من هو في أقصى غايات الحل بمن هو في أقصى غايات الحرمة وذلك لا يختلف بالظهر والبطن وكذلك لو ذكر جزءا من امرأته شائعا أو عضوا جامعا يعبر به عن جميع البدن بخلاف ما إذا ذكر عضوا لا يعبر به عن جميع البدن كاليد والرجل وقد بينا هذا في باب الطلاق

وكذلك إذا شبهها بظهر امرأة محرمة عليه على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة فهذا والتشبيه بظهر الأم سواء للمعنى الذي بينا كما قال أبو يوسف – رحمه الله تعالى – في الأمالي أنه إذا شبهها بظهر امرأة قد زنا بأمها أو بابنتها فحرمت عليه بذلك فهو مظاهر منها لأنه شبهها بمحرمة عليه على التأبيد قال لأن قضاء القاضي بحل المناكحة بينهما لا ينفذ عندي لكونه بخلاف النص فإن النكاح حقيقة للوطء

وهذا بخلاف ما لو شبهها بظهر امرأة قد لاعنها . لأن اللعان وإن كان يوجب الحرمة المؤبدة عندي فهو مما يسع فيه الاجتهاد وينفذ فيه قضاء القاضي بخلافه فلم يكن في معنى حرمة الأم

وقال محمد – رحمه الله تعالى – في الكيسانيات إذا شبهها بظهر أم المزني بها لا يكون مظاهرا لأن العلماء مختلفون في حرمتها عليه

ولو قضي القاضي بحل المناكحة بينهما نفذ قضاؤه لأن الناس تعارفوا اطلاق اسم النكاح على العقد ولو شبهها بظهر امرأة قد لمس أمها أو ابنتها من شهوة أو نظر إلى فرجها من شهوة لم يكن مظاهرا في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – لأن هذه الحرمة حرمة ضعيفة ليست في معنى حرمة الأم حتى ينفذ قضاء القاضي بخلافها

وعند أبي يوسف – رحمه الله تعالى – يكون مظاهرا لأن ثبوت الحرمة بالنظر إلى الفرج منصوص عليه في قوله صلى الله عليه و سلم : (ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها) فيتحقق معنى الظهار إذا شبهها به وإن شبهها بظهر امرأة أجنبية أو ذات رحم منه غير محرم فليس بمظاهر لأنه شبه محللة بمحللة فإن الأخرى تحل له بالملك فلا يكون مظاهرا وكذلك لو شبهها بظهر رجل أجنبي أو قريب فهو ليس بمحرم عليه النظر إليه ومسه فلا يكون مظاهرا

(قال) (وإن ظاهرت المرأة من زوجها فليس ذلك بشيء) لأن موجبه التحريم وهو مختص بالنكاح كالطلاق وليس إلى المرأة من ذلك شيء وعن أبي يوسف – رحمه الله تعالى – قال : عليها الكفارة للظهار لأن المعنى في جانب الرجل تشبيه المحللة بالمحرمة وذلك يتحقق في جانبها والحل مشترك بينهما وقال الحسن : عليها كفارة اليمين لأن هذا بمنزلة التحريم منها زوجها على نفسها وتحريم الحلال يمين فتلزمها الكفارة كما لو حلفت أن لا تمكنه من نفسها ثم مكنته

(قال) (ولا يكون الرجل مظاهرا من أمته ولا من أم ولده ولا من مدبرته عندنا) وقال مالك : يصح ظهاره منهن لأن ملك اليمين في محل ملك المتعة سبب لملك المتعة كملك النكاح فيتحقق معنى الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة . ولكنا نستدل بقوله تعالى ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ وهذا يتناول الزوجة دون المملوكة . وقد بينا أن الظهار كان طلاقا في الجاهلية ونقل الشرع حكمه إلى التحريم المؤقت بالكفارة والمملوكة ليست بمحل للطلاق فلا تكون محلا للظهار أيضا ولهذا لا يصح إيلاؤه من الأمة لأن الإيلاء طلاق مؤجل والأمة ليس بمحل للطلاق

وقال ابن عباس رضي الله عنه – من شاء باهلته عند الحجر الأسود أنه لا كفارة في الظهار من الأمة وكذلك لو ظاهر من امرأة أجنبية فهو باطل كما لو طلقها وهذا لأن الأجنبية لا تحل له ما لم يتزوجها فإنما شبه محرمة بمحرمة

(قال) (ولو قال لامرأته أنت علي كفرج أمي أو كفخذها كان مظاهرا) لأن فرج الأم وفخذها محرم عليه كظهرها فيتحقق تشبيه المحللة بالمحرمة ولو قال كيدها أو رجلها لم يكن مظاهرا لأنه لا يحرم عليه النظر إلى يدها ورجلها ولا مسها فلم يتحقق بهذا اللفظ تشبيه المحللة بالمحرمة ولو قال جنبك أو ظهرك علي كظهر أمي لم يكن مظاهرا بمنزلة قوله يدك أو

رجلك لأن هذا العضو لا يعبر به عن جميع البدن عادة وقع في بعض النسخ ظفرك مكان قوله ظهرك وهو غلط فالظهر مع الجنب أليق من الظفر

(قال) (ولو قال أنت علي كأمي فهذا كلام يحتمل وجوها) لأن الكاف للتشبيه وتشبيه الشيء بالشيء قد يكون من وجه وقد يكون من وجوه فإذا نوى به البر والكرامة لم يكن مظاهرا لأن ما نواه محتمل ومعناه أنت عندي في استحقاق البر والكرامة كأمي

وإن نوى الظهار فظهار لأنه شبهها بجميع الأم ولو شبهها بظهر الأم كان ظهارا فإذا شبهها بجميع الأم كان أولى وإن لم يكن له نية فليس ذلك بشيء في قول أبي حنيفة - رحمه الله

وفي قول محمد رحمه الله تعالى - هو ظهار ولم يذكر قول أبي يوسف - رحمه الله تعالى - وعنه روايتان إحداهما كقول محمد - رضي الله تعالى عنه - لأنه قال في الأمالي إذا كان هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق في القضاء وهو ظهار وعنه أنه قال إيلاء لأن الأم محرمة عليه بالنص قال الله تعالى ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ (النساء : ٢٣) فكان قوله أنت علي كأمي بمنزلة قوله أنت علي حرام وقد بينا في هذا اللفظ أنه إذا لم ينو شيئا يثبت أقل الوجوه وهو الإيلاء

وبنحو هذا يحتج محمد - رضي الله تعالى عنه - ولكنه يقول هو ظهار لكاف التشبيه في كلامه فإن الظهار يختص بهذا الحرف ومتى كان مراده البر يقول أنت عندي كأمي ولا يقول علي إلا أنه إذا نوى البر أقمنا حرف على مقام عند لتصحيح نيته

فإذا لم ينو بقي محمولا على حقيقته فكان ظهارا وأبو حنيفة - رحمه الله تعالى - يقول كلام العاقل محمول على الصحة مهما أمكن حمله على وجه صحيح يحل شرعا لا يحمل على ما يحرم شرعا والظهار منكر من القول وزور فلا يمكن حمله عليه إذا أمكن حمله على معنى البر والكرامة توضيحه أنها كانت محللة له وهذا الكلام يحتمل معنى البر ويحتمل معنى الظهار ولكن الحرمة بالشك لا تثبت كما لا يثبت الطلاق بالشك

(قال) (ولو قال لها أنت علي حرام كأمي فقد انتفى احتمال معنى البر هنا لتصريحه بالحرمة فبقي احتمال الطلاق والظهار فإن أراد الطلاق فهو طلاق) لأن قوله أنت علي حرام يكون طلاقا بالنية فقوله كأمي لتأكيد تلك الحرمة فلا تخرج به من أن تكون طالقا بالنية وكذلك إن أراد التحريم دون الظهار فهو طلاق

وبعض مشايخنا - رحمهم الله - يقولون : ينبغي أن يكون إيلاء بمنزلة قوله أنت علي حرام إذا قصد به التحريم فقط ولكنا نقول إنما قصد التحريم هنا لزوال الملك لأنه شبهها بالأم وهي محرمة حرمة تنافي الملك وزوال الملك بالتحريم يكون بالطلاق

وإن نوى به الظهار فهو ظهار لأنه شبهها في الحرمة بأمه ولو شبهها بظهر الأم كان ظهارا فكذلك إذا شبهها بالأم وإن لم يكن له نية فهو ظهار لأن عند الاحتمال لا يثبت إلا القدر المتيقن والحرمة بالظهار دون الحرمة بالطلاق فالحرمة بالظهار لا تزيل الملك والحرمة بالطلاق تزيله

(قال) (وإن قال أنت علي حرام كظهر أمي فهو ظهار في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – سواء نوى الظهار أو الطلاق أو لم يكن له نية بمنزلة قوله أنت علي كظهر أمي) لأن ذلك اللفظ إنما كان ظهارا باعتبار التشبيه في الحرمة فالتصريح بما هو مقتضي كلامه يؤكد حكم الكلام ولا يغيره وهذا اللفظ صريح في الظهار فلا تعمل فيه نية شيء آخر كاللفظ الذي هو صريح في الطلاق لا تعمل فيه نية شيء آخر

وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – إن نوى الظهار أو لم يكن له نية فهو ظهار وإن نوى الطلاق فهو طلاق لأن المنوي من محتملات لفظه فإن قوله أنت علي حرام تسع فيه نية الطلاق لو اقتصر عليه فقوله كظهر أمي يحتمل معنى التأكيد لتلك الحرمة فلا يخرج به من أن يكون محتملا لنية الطلاق

وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف – رحمه الله تعالى – أنه إذا قال نويت به الطلاق يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق في القضاء في صرف الكلام عن ظاهره بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة أخرى وإياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر ولكن هذا ضعيف فإن الطلاق لو وقع بقوله أنت علي حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بانت والظهار بعد البينونة لا يصح

(فإن قيل) : الظهار مع الطلاق اثنتان بقوله أنت علي حرام

(قلنا) : اللفظ الواحد لا يحتمل المعنيين المختلفين

(قال) (وإن قال أنا منك مظاهر فهو ظهار) لأن موجب الظهار هو التحريم وقد بينا أن لفظ التحريم يصح إضافته إلى كل واحد منهما باعتبار أن الحل مشترك بينهما فكذلك لفظ الظهار وكذلك لو قال قد ظاهرت منك فإن صيغة الإقرار والإنشاء في الظهار واحدة كما في الطلاق

(قال) (وكذلك لو قال أنت مني كظهر أمي أو عندي ومعي فهو ظهار كقوله علي) لأن تشبيه المحللة بالمحرمة يتحقق بهذه الكلمات

(قال) (ولا ينبغي للمرأة أن تدعه يقربها حتى يكفر) لأنها محرمة عليه ما لم يكفر وعليها أن تمتنع من الحرام ولها إن تطالبه بالتكفير وتخاصمه في ذلك لأنها استحقت الإمساك بالمعروف وهو بالظهار فوت عليها ذلك فلها أن تطالبه بما صار مستحقا لها بالنكاح ويجبره القاضي على التكفير عند طلبها لأنه لا يتوصل إلى الإمساك بالمعروف إلا به ولا ينبغي له أن يباشرها ولا يقبلها حتى يكفر لقوله تعالى ﴿ من قبل أن يتماسا ﴾ (المجادلة : ٣ ، ٤) ولأن هذه الحرمة في معنى الحرمة بالطلاق إلا في حكم زوال الملك والارتفاع بالكفارة والحرمة متى ثبتت بالطلاق توجب تحريم اللمس والتقبيل فكذلك بالظهار

(قال) (وإذا قال لامرأة إذا تزوجتك فأنت علي كظهر أمي أو قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي فهو كما قال) لأن الظهار يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق فيصح اضافته إلى الملك والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز

(قال) (وإذا قال إذا تزوجتك فأنت طالق وأنت علي كظهر أمي ثم تزوجها طلقت وبطل الظهار عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى –) لأن الظهار معطوف على الطلاق فتبين بالطلاق قبل أن يصير مظاهرا وعندهما يقعان معا وقد بينا هذا في باب الطلاق

(قال) (وإذا قال إذا تزوجتك فأنت طالق ثم قال إذا تزوجتك فأنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لزم الطلاق والظهار جميعا) لأنه تعلق كل واحد منهما بالتزويج هنا من غير واسطة فعند التزويج يقعان معا

(قال) (ولو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم أبانها فدخلت الدار في العدة أو بعد العدة لم يكن مظاهرا منها) لأن موجب الظهار حرمة ترتفع بالكفارة وبالبينونة تثبت حرمة أقوى من ذلك فلا يظهر الضعيف مع القوي ولأن المرأة محل الظهار لأنها محللة له بأبلغ جهاته وقد زال ذلك بالبينونة والمعلق بالشرط عند وجود الشرط لا ينزل إلا عند بقاء المحل لأن الوصول إلى المحل عند ذلك يكون فإذا لم تبق محلا بعد البينونة لم يكن مظاهرا منها

(قال) (وإذا ظاهر المسلم وهو حر أو عبد من زوجته وهي حرة أو أمة مسلمة أو صبية أو كتابية فهو مظاهر لقوله تعالى ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾) ولأن العبد كالحر في كونه أهلا لموجب الظهار وهو الحرمة المؤقتة بالكفارة والأمة والصبية والكتابية كالحرة المسلمة في كونها محللة بأبلغ جهاته

(قال) (وإن كان الزوج ذميا فظهاره باطل عندنا سواء كانت المرأة مسلمة أو ذمية) وعند الشافعي - رحمه الله تعالى - ظهار الذمي صحيح لأن الذمي من أهل الطلاق وقد بينا أن الحرمة بالظهار في معنى الحرمة بالطلاق فكل من صح طلاقه صح ظهاره وكذلك هو من أهل الكفارة لأنه من أهل الأعتاق والإطعام إلا أنه ليس من أهل الكفارة بالصوم وبهذا لا يمتنع صحة الظهار كالعبد فإنه ليس من أهل التكفير بالمال وكان ظهاره صحيحا وهذا على أصله مستقيم فإن معنى العقوبة عنده يترجح في الكفارة فيكون بمنزلة الحد وفي الحد معنى الكفارة قال صلى الله عليه و سلم (الحدود كفارات لأهلها) ثم يقام على الذمي بطريق العقوبة ولئن لم يكن من أهل الكفارة فهو أهل للحرمة فيعتبر ظهاره في حق الحرمة كما اعتبر أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - إيلاء الذمي في حق الطلاق وإن لم يعتبر في حق الكفارة وكلامنا في المجوسي يتضح فإنه يعتقد الحل في أمه وأخته فإنما شبه امرأته بمن يعتقد الحل فيها بالنكاح فلا يكون مظاهرا كالمسلم إذا شبه امرأته بأجنبية

(ولنا) أن الذمي ليس من أهل الكفارة فلا يصح ظهاره كالصبي وبيان الوصف أن المقصود بالكفارة التكفير والتطهير والكافر ليس بأهل له وما فيه من الشرك أعظم من الظهار بخلاف الحدود فالمقصود هناك الخزي والنكال وإنما الكفارة في حق من جاء تائبا مستسلما لحكم الشرع كما فعله ماعز - رضي الله عنه

والدليل عليه أن معنى العبادة يترجح في الكفارة حتى تتأدى بالصوم الذي هو محض عبادة ولا يتأدى إلا بنية العبادة ويفتى به ولا يقام عليه كرها والكافر ليس بأهل للعبادة وتأثير هذا الوصف بعد ثبوته أن موجب الظهار الحرمة المؤقتة بالكفارة ولا يمكن إثبات تلك الحرمة هنا لأنه ليس بأهل للكفارة فلو صح ظهاره لثبتت به حرمة مطلقة وهذا ليس بموجب الظهار وبه فارق حرمة الطلاق فإنه حرمة بزوال الملك أو بانعدام محل الحل والكافر من أهله وبه فارق العبد لأنه من أهل الكفارة إلا أنه عاجز عن التكفير بالمال لعدم الملك حتى لو عتق وأصاب مالا كانت كفارته بالمال وبه فارق الإيلاء لأنه طلاق مؤجل على ما نبينه في بابه إن شاء الله تعالى

والذمي من أهل الطلاق ولأن الحرمة الثابتة باليمين تكون مطلقة لا مؤقتة بالكفارة ولهذا لا يجوز التكفير قبل الحنث

(قال) (وإذا ظاهر المسلم من امرأته ثم ارتد ثم أسلما فهو على ظهاره في قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - حتى يكفر وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - قد سقط الظهار عنه بالردة) لأن الكافر ليس من أهل الظهار وهو بالردة

قد التحق بالكافر الأصلي وكما لا ينعقد الظهار بدون الأهلية لا يبقى بعد انعدام الأهلية وهذا لأن الثابت بالظهار حرمة مؤقتة بالكفارة وبعد الردة لا يمكن إبقاء هذه الحرمة لأنه لم يبق أهلا للكفارة فلو بقي إنما يبقى حرمة مطلقة وهذا لم يكن موجب ظهاره وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول ظهاره قد صح موجبا لحكمه فلا يرتفع حكمه إلا بالكفارة وهذا لأن الحرمة بالظهار في معنى الحرمة بالطلاق ثم المسلم لو طلق امرأته ثلاثا ثم ارتد ثم أسلما لا تحل له إلا بعد زوج فكذلك إذا ظاهر منها وهذا لأنه غير مقر على كفره بل هو مجبر على العود إلى الإسلام فيمكن إبقاء الحرمة المؤقتة بالكفارة باعتبار ما بعد إسلامه

توضيحه أن اعتبار الأهلية عند انعقاد السبب ليتقرر موجبا وعند أداء الكفارة ليصح الأداء ففيما بين ذلك لا يعتبر بقاء الأهلية ألا ترى أنه لو جن بعد ما ظاهر من امرأته ثم أفاق بقي ظهاره حتى يكفر مع أنه من أهل التكفير بالعتق حتى لو أعتق عبدا عن ظهاره في ردته ثم أسلم جاز عتقه عن الكفارة على ما نبينه

(قال) (وإذا قال لامرأته إن شئت فأنت علي كظهر أمي فشاءت ذلك في مجلسها)

لزمه الظهار وهذا والطلاق المعلق بمشيئتها سواء في أنه يعتبر وجود المشيئة في المجلس وإن المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز

(قال) (وإن قال أنت علي كظهر أمي اليوم فهو كما قال لا يقربها في ذلك اليوم حتى يكفر فإذا مضى اليوم بطل الظهار) وقال ابن أبي ليلى – رحمه الله تعالى – هو مظاهر أبدا حتى يكفر وقاس هذا بالحرمة الثابتة بالطلاق في أنه لا يتوقت بالتوقيت

ولكنا نقول : موجب الظهار الحرمة وهو محتمل للتوقيت كالحرمة بسبب العدة وحرمة البيع إلى الفراغ من الجمعة وحرمة الصيد على المحرم إلى أن يحل والحرمة بسبب اليمين فإذا احتمل التوقيت صح توقيته ولا يبقى بعد مضي الوقت بخلاف الطلاق فالحرمة هناك باعتبار زوال الملك أو لانعدام محل الحل وذلك لا يحتمل التوقيت وعلى هذا لو قال أنت علي كظهر أمي شهرا أو حتى يقدم فلان فهو كما قال ويسقط بمضي الشهر أو قدوم فلان لانتهاء الحرمة بمضي وقتها

(قال) (ولو ظاهر من امرأته ثم طلقها ثلاثا أو ارتدت عن الإسلام فبانت منه ثم أسلمت وتزوجته بعد زوج آخر كان الظهار على حاله لا يقربها حتى يكفر) لأن ظهاره قد صح وتثبت به الحرمة إلى أن يكفر فثبوت الحرمة بسبب آخر لا يمنع بقاء تلك الحرمة لأن أسباب الحرمة تجتمع في محل واحد وإذا بقيت تلك الحرمة لا ترتفع إلا بالكفارة

(قال) (ولو ظاهر من امرأته وهي أمة ثم اشتراها لم يكن له أن يقربها حتى يكفر) لأن الحرمة تثبت بالظهار فهو بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق ولو طلقها اثنتين لم تحل له بسبب الشراء بعد ذلك ما لم تتزوج بزوج آخر فكذلك إذا ثبتت الحرمة بالظهار أو هذه حرمة مع بقاء الملك فكانت كالحرمة الثابتة بسبب الحيض والحائض لا تحل له بملك اليمين كما لا تحل له بملك النكاح . وكذلك إن أعتقها ثم تزوجها لأن النكاح الثاني كالأول ومع بقاء النكاح الأول ما كان يحل له أن يقربها حتى يكفر فكذلك في النكاح الثاني

(قال) (وظهار الصبي والمعتوه باطل كطلاقهما) لأن موجب الظهار الحرمة المؤقتة بالكفارة وليسا من أهل وجوب الكفارة عليهما ولا من أهل مباشرة سبب الحرمة بالقول

(قال) (وظهار السكران والمكره لازم كطلاقهما) لأن الإكراه والسكر لا يؤثر في اكتساب سبب الحرمة بالقول ولا في اكتساب وجوب الكفارة عندنا

(قال) (وظهار الأخرس من امرأته في كتاب أو إشارة مفهومة صحيح كطلاقه) لكونه أهلا لموجب الظهار ولا يدخل على المظاهر إيلاء وإن لم يجامعها أربعة أشهر أو أكثر وقال مالك - رحمه الله - إذا لم يجامعها ولم يكفر حتى مضت أربعة أشهر بانت بالإيلاء لأن المولى مضار متعنت بمنع حقها في الغشيان وقد تحقق ذلك في حقها بالظهار لأن في الموضعين لا يتمكن من قربانها شرعا إلا بالكفارة ولكنا نقول حكم كل واحد منهما منصوص عليه في القرآن ولا يقاس المنصوص على المنصوص فلو أثبتنا حكم الإيلاء في الظهار كان بطريق المقايسة وكما لا يجوز أن يثبت حكم الظهار في الإيلاء بطريق المقايسة فكذلك لا يثبت حكم الإيلاء في الظهار مع أن الظهار ليس في معنى الإيلاء فإن التكفير في الظهار قبل الجماع وفي الإيلاء بعده

(قال) (ولو قال إن قربتك فأنت علي كظهر أمي كان موليا إن تركها أربعة أشهر بانت بالإيلاء وإن قربها في الأربعة الأشهر لزمه الظهار بمنزلة قوله إن قربتك فأنت طالق) وهذا لأنه منع نفسه من قربانها إلا بظهار يلزمه ومعنى الإضرار والتعنت بهذا يتحقق فكان موليا منها وإذا بانت بالإيلاء ثم تزوجها فقربها فهو مظاهر لأن اليمين باقية والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز

(قال) (وإذا ظاهر من امرأته ثم قال لامرأة له أخرى أنت علي مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر) لأنه شبه الثانية بالأولى ولأن قصد التشبيه في حكم الظهار وهذا قصد صحيح لما بينا أن تشبيه الشيء بالشيء قد يكون في وجه خاص

وكذلك إن قال رجل آخر لامرأته أنت علي مثل امرأة فلان عليه ينوي الظهار كان مظاهرا منها أيضا وإن لم ينو الظهار فهو باطل لأن الكلام محتمل يجوز أن يكون التشبيه في حكم الحل والملك أو البر والكرامة والمحتمل لا يكون ملزما شيئا بدون النية

(قال) (وإن ظاهر من امرأته ثم قال لامرأة له أخرى قد أشركتك في ظهار فلانة كان مظاهرا أيضا منها كما في الطلاق) وهذا لأن الإشراك يقتضي التسوية وقد صرح بالظهار فكان ذلك تنصيصا على التسوية بينهما في حكم الظهار وإن قال لامرأته أنت علي كظهر أمي إن شاء الله لم يلزمه شيء لأن الاستثناء إذا اتصل بالكلام يخرجه من أن يكون عزيمة كما في الطلاق والعتاق قال صلى الله عليه و سلم (من حلف بطلاق) أو عتاق واستثنى فلا حنث عليه

وإن قال إن شاء فلان فالمشيئة إلى فلان في مجلس علمه كما في الطلاق ألا ترى أنه لو علق بمشيئتها ينجز إذا شاءت في مجلس علمها فكذلك إذا علق بمشيئة غيرها

(قال) (وكفارة الظهار على العبد الصوم ما لم يعتق) لأنه عاجز عن الإعتاق وعجزه أبين من عجز المعسر فإنه ليس بأهل للملك فيكفر بالصوم وليس لمولاه أن يمنعه من الصوم لما تعلق به من حق المرأة وقد بيناه في كتاب الصوم

فإن عتق قبل أن يكفر وملك مالا فكفارته بالعتق لأن التكفير بالصوم كان لضرورة العجز عن التكفير بالمال فإذا زال ذلك لزمه التكفير بالمال كالمتيمم إذا وجد الماء

وهذا بناء على أصلنا أن المعتبر في الكفارات حالة الأداء لا حالة الوجوب

وفي أحد قولي الشافعي – رضي الله عنه – المعتبر حالة الوجوب بناء على أصله في اعتبار معنى العقوبة فيها كما في الحدود حتى إذا وجب عليه الحد وهو عبد ثم عتق قبل الإقامة يقام عليه حد العبيد لأحد الأحرار بخلاف الكفارة وعندنا المعتبر حالة الأداء إلا أن الصوم بدل عن العتق ومع القدرة على الأصل لا يتأدى الواجب بالبدل وحد العبيد ليس ببدل عن حد الأحرار والمصير إليه ليس للعجز فبدن العبد يحتمل من الضرب فوق ما يحتمله بدن الحر وسنقرر هذا في كتاب الإيمان إن شاء الله تعالى

(قال) (وإن أعتق عنه مولاه في رقه أو أطعم عنه بأمره لم يجزه) لأن الرق مناف للملك فلا يملك المال بتمليك المولى مع قيام المنافي فيه فإن المتنافيين **لا يجتمعان** وبدون ملكه لا يتصور الإعتاق عنه والكفارة الواجبة عليه لا تسقط بملك الغير فلهذا لا يجوز إعتاقه عن كفارته ولا إطعامه المساكين سواء باشره المولى أو العبد بإذن المولى

(قال) (حر ظاهر وهو معسر ثم أيسر فعليه العتق) لأن جواز تكفيره بالصوم كان للعجز وقد زال قبل إسقاط الواجب فالتحق بما لو كان موسرا في الابتداء

فإن أعسر قبل أن يكفر فعليه الصوم لأنه عاجز عن التكفير بالعتق فيكفر بالصوم لقوله تعالى ﴿ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ﴾ (المجادلة : ٤) الآية والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ." (١)

" (قال) رضي الله عنه (ويجوز في كفارة الظهار عتق الرقبة العوراء عندنا) ولا يجوز عند الشافعي – رحمه الله تعالى – لأنها ناقصة بنقصان لا يرجى زواله فكانت كالعمياء وهو الأصل عنده أن كل عيب لا يرجى زواله يكون فاحشا يمنع جواز التكفير به وكل عيب يرجى زواله يكون يسيرا لا يمنع جواز التكفير به كالحمى والشجة ونحوها والأصل عندنا قوله تعالى ﴿ فتحرير رقبة ﴾ فهو دليل على أن الواجب رقبة مطلقة والتقييد بصفة السلامة يكون زيادة والزيادة على النص نسخ ولكن مطلق الرقبة يقتضي قيامها من كل وجه والقائم من وجه دون وجه لا يكون مطلقا والعمياء مستهلكة من وجه لفوات منفعة الحس وهو البصر فإن بقاء الآدمي بمنافعه معني ففوات منفعة الحس يكون استهلاكا من وجه وليس في العور فوات منفعة الحس وكذلك في قطع اليدين تفوت منفعة البطش وبقطع إحدى اليدين لا تفوت وكذلك أشل اليدين لا يجزي لفوات منفعة الحس ومقطوع الرجلين أو أشلهما لا يجزي لفوات منفعة المشي ومقطوع أحد الرجلين يجزي لأن منفعة المشي لا تفوت به وكذلك مقطوع اليد والرجل من خلاف لأنه يتمكن من المشي بالعصا ومنفعة البطش باقية أيضا فلم تكن مستهلكة والمجنون والمعتوه لا يجزي لفوت العقل به وهو منفعة مقصودة والذي يجن ويفيق يجزي لأن منفعة العقل غير فائتة بل هي قائمة تستتر تارة وتظهر أخرى والخرساء لا تجزي لأن منفعة الكلام مقصودة والآدمي إنما باين سائر الحيوانات بالبيان ففواتها يكون استهلاكا من وجه وتجزي الرقبة الصغيرة لأنها قائمة من كل وجه ولا يقال أنها فائتة المنافع من البطش والمشي والعقل والكلام لأنها عديمة المنافع إلى الإصابة عادة فلا يعد ذلك عيبا ولأن ما لا يخلو عنه أصل الفطرة السليمة لا يعد نقصانا فضلا عن الاستهلاك

---

(١) المبسوط، ٥/٤٠

(قال) (وتجزي الرقبة الكافرة في كفارة الظهار واليمين والإفطار عندنا) ولا تجزي عند الشافعي - رضي الله عنه - إلا الرقبة المؤمنة لقوله تعالى ﴿ ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ﴾ (البقرة : ٦٧ ٢) ولا خبث أشد من الكفر وفي حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - (أن رجلا جاء إلى رسول الله - صلى الله عليه و سلم - برقبة سوداء وقال علي عتق رقبة أفتجزيني هذه فامتحنها بالإيمان فوجدها مؤمنة فقال صلى الله عليه و سلم : (أعتقها فإنها مؤمنة) فامتحانه إياها بالإيمان دليل على أن الواجب لا يتأدى إلا بالمؤمنة ولأن هذا تحرير في تكفير فلا يجزي فيه غير المؤمنة ككفارة القتل وهذا لأن الرقبة مطلقة هنا مقيدة بالإيمان في القتل والمطلق محمول على المقيد لأن القيد مسكوت عنه في المطلق وقياس المسكوت عنه على المنصوص صحيح ولأن التعليق بالشرط يقتضي نفي الحكم عند عدمه في عين ما تعلق بالشرط وكذلك في نظائره استدلالا به والكفارات جنس واحد فالتقييد بشرط الإيمان في بعضها يوجب نفي الجواز عند عدم الإيمان في جميعها كالتقييد بشرط العدالة في بعض الشهادات أوجب نفي الجواز عند عدمها في الكل وكذلك التقييد بالتبليغ إلى الكعبة في هدي جزاء الصيد أوجب ذلك في جميع الهدايا

(وحجتنا) في ذلك ظاهر الآية فالمنصوص اسم الرقبة وليس فيه ما ينبئ عن صفة الإيمان والكفر فالتقييد بصفة الإيمان يكون زيادة والزيادة على النص نسخ فلا يثبت بخبر الواحد ولا بالقياس ثم قياس المنصوص على المنصوص عندنا باطل لأنه اعتقاد النقص فيما تولى الله بيانه وذلك لا يجوز وكذلك شروط الكفارات لا تثبت بالقياس كأصلها ولا يجوز دعوى التخصيص هنا لأن التخصيص فيما له عموم والمطلق غير العام وامتناع جواز العمياء ونظائرها ليس بطريق التخصيص بل لكونها مستهلكة من وجه كما بينا مع أن التخصيص فيما له لفظ والصفة في الرقبة غير مذكورة ولا يقال بين صفة الكفر والإيمان تضاد فإذا جوزنا المؤمنة انتفى جواز الكافرة لأن جواز المؤمنة عندنا لأنها رقبة لا بصفة الإيمان ألا ترى أنا نجوز الصغيرة والكبيرة وبين الصفتين تضاد وكذلك نجوز الذكر والأنثى وبين الصفتين تضاد ولكن الجواز باسم الرقبة فكان الوصف فيه غير معتبر

فأما حمل المطلق على المقيد فالعراقيون من مشايخنا - رحمهم الله - يجوزون ذلك في حادثة واحدة كما في قوله - صلى الله عليه و سلم - (في خمس من الإبل شاة) مع قوله (في خمس من الإبل السائمة شاة) ولكن الأصح أنه لا يجوز حمل المطلق على المقيد عندنا في حادثة ولا في حادثتين حتى جوز أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - التيمم بجميع أجزاء الأرض لقوله صلى الله عليه و سلم (جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا) ولم يحمل هذا المطلق على المقيد وهو قوله - صلى الله عليه و سلم - (التراب طهور المسلم) وهذا لأن للمطلق حكما وهو الإطلاق وفي حمله على المقيد إبطال حكمه وإليه أشار ابن عباس - رضي الله تعالى عنه - في قوله ابهموا ما أبهم الله وامتناع وجوب الزكاة في غير السائمة ليس لحمل المطلق على المقيد بل للنص الوارد بأن لا زكاة في العوامل واشتراط العدالة في الشهادات ليس لحمل المطلق على المقيد بل للنص الوارد بالتثبت في خبر الفاسق

وكذلك وجوب التبليغ إلى الكعبة في جميع الهدايا للنص وهو قوله تعالى : ﴿ ثم محلها إلى البيت العتيق ﴾ ولو جاز ذلك إنما يجوز بعد ثبوت المساواة بين الحادثتين ولا مساواة بين كفارة القتل وبين سائر الكفارات فإن القتل من أعظم الكبائر وفيه تفويت رقبة مؤمنة مخاطبة بالإيمان بخلاف أسباب سائر الكفارات ففيها من التغليظ ما ليس في غيرها ولهذا لا

يكون الإطعام بدلا عن الصيام في كفارة القتل بخلاف كفارة الظهار واشتراط صفة التتابع عندنا في الصوم في كفارة اليمين ليس بطريق حمل المطلق على المقيد بل بقراءة ابن مسعود – رضي الله عنه – وهي مشهورة وهي لازمة عليهم فإنهم لا يشترطون صفة التتابع فيها لحمل المطلق على المقيد ولا معنى لقول من يقول : لذلك المطلق أصلان : أحدهما مقيد بالتفرق وهو صوم المتعة لأن ذلك غير مقيد بالتفرق ولكن لا يجوز قبل يوم النحر لأنه مضاف إلى وقت الرجوع بحرف إذا وهو قوله تعالى ﴿ وسبعة إذا رجعتم ﴾ فأما الحديث فقد ذكر في بعض الروايات : أن الرجل قال علي عتق رقبة مؤمنة أو عرف رسول الله – صلى الله عليه و سلم – بطريق الوحي أن عليه رقبة مؤمنة فلهذا امتحنها بالإيمان مع أن في صحة ذلك الحديث كلاما فقد روي أن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال : (أين الله فأشارت إلى السماء) ولا نظن برسول الله – صلى الله عليه و سلم – أنه يطلب من أحد أن يثبت لله تعالى جهة ولا مكانا ولا حجة لهم في الآية لأن الكفر خبث من حيث الاعتقاد والمصروف إلى الكفارة ليس هو الاعتقاد إنما المصروف إلى الكفارة المالية ومن حيث المالية هو عيب يسير على شرف الزوال

(قال) (ويجزئ الأصم في جميع الكفارات استحسانا) وفي القياس لا يجزيء وهو رواية في النوادر لأن منفعة السمع مقصودة وبالصمم يفوت ذلك وجه الاستحسان أن بالصمم لا تفوت منفعة السمع أصلا حتى أنه يسمع إذا صاح إنسان في أذنه وقبل الرواية التي قال لا يجوز محمول على صمم أصلي ولا بد وأن يكون معه الخرس فإنه لم يسمع الكلام ليتكلم وهذا لا يجزئ ومراده من الرواية التي قال يجزي إذا كان الصم عارضا فلا يكون معه الخرس ويسمع عند المبالغة في رفع الصوت

(قال) (ويجزي الخصي ومقطوع الأذنين ومقطوع المذاكير عندنا ولا يجزيء عند زفر – رحمه الله تعالى –) لأنها مستهلكة من وجه بفوات منفعة مقصودة من الآدمي ولكنا نقول بعد قطع الأذنين الشاخصتين السمع باق وإنما يفوت ما هو زينة وجمال فلا تصير الرقبة به مستهلكة كفوات شعر الحاجبين واللحية وفي الخصي ومقطوع المذاكير إنما تفوت منفعة النسل وهو زائد على ما هو المطلوب من المماليك فأما إذا كان مقطوع اليد والرجل من جانب واحد لا يجزيء لأن منفعة المشي فائتة فإنه لا يتمكن من المشي بعصا وكذلك إن كان من كل يد ثلاثة أصابع مقطوعة لم يجز لفوات منفعة البطش وقطع أكثر الأصابع في هذا كقطع جميعها وإن كان المقطوع من كل يد اصبعا أو أصبعين سوى الإبهام يجزيء لأن منفعة البطش باقية وإن كان مقطوع الإبهام من كل يد فمنفعة البطش فائتة فلهذا لا يجزي وكذلك لا يجوز المفلوج اليابس الشق لفوات جنس المنفعة منه ولا يجوز عتق أم الولد في الكفارة لأن المنصوص عليه الرقبة وذلك اسم للذات حقيقة وللذات المرقوق عرفا وقد دل على الرق قوله تعالى ﴿ فتحرير رقبة ﴾ فيقتضي قيام الرق مطلقا وبالاستيلاد يتمكن النقصان في الرق حتى لا يعود إلى الحالة الأولى بحال ولأن قوله تعالى فتحرير رقبة يقتضي إنشاء العتق من كل وجه وإعتاق أم الولد تعجيل لما صار مستحقا لها مؤجلا فلا يكون إنشاء من كل وجه وولد أم الولد بمنزلة أمه والمدبر كذلك لأن بالتدبير صار مستحقا له ولهذا لا يحتمل التدبير الفسخ ويثبت به استحقاق الولاء

(قال) (ولا يجزي اعتاق المكاتب إذا كان أدى شيئا من بدل الكتابة) لأنه عتق بعوض والكفارة به لا تتأدى قال – صلى الله عليه و سلم – (بشر أمتي بالسناء والتمكين ما لم يبتغوا بعمل الآخرة الدنيا) ودليل أن المقبوض عوض

أنه لو وجده زيوفا رده واستبدل بالجياد ولأن الصحابة – رضوان الله عليهم – اختلفوا في رقه بعد أدائه بعض البدل فكان علي – رضي الله عنه – يقول : يعتق بقدر ما أدى وابن مسعود – رضي الله عنه – يقول : إذا أدى قيمة نفسه يعتق واختلاف الصحابة – رضي الله عنهم – في رقه شبهة مانعة من جواز التكفير به وقد روى الحسن عن أبي حنيفة – رحمهما الله تعالى – أنه يجوز لأن رقه لم ينتقص بما أدى من البدل ولهذا احتمل عقد الكتابة الفسخ بعد استيفاء بعض البدل كما احتمل قبله

فأما إذا اعتقه قبل أن يؤدي شيئا جاز عن الكفارة عندنا استحسانا

وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر والشافعي – رحمهما الله تعالى – لأن استحقاق العتق والولاء يثبت بعقد الكتابة فوق ما يثبت بالتدبير والاستيلاد ولهذا يصير أحق بمكاسبه ويعتبر الثلث والثلثان من مال الكتابة دون مالية الرقبة ويمتنع على المولى التصرفات فيه فإما أن يقول يتمكن بهذا السبب نقصان في رقه أو يكون كالزائل عن ملك المولى من وجه حتى لو أتلفه يضمن قيمته ولو وطئ مكاتبته يغرم العقر وثبوت حكم الزوال عن ملكه من وجه يكفي للمنع من التكفير ولأنه في حق المولى كفائت المنفعة لأنه صار أحق بمنافعه ومكاسبه أو لأن العتق لما صار مستحقا بالكتابة فإذا أوقعه وقع من الوجه المستحق ولهذا يسلم له الأولاد والإكساب والعتق عند الكتابة لا تتأدى به الكفارة مع أن هذا من المولى أعتاق صورة فأما في المعنى هو إبراء عن بدل الكتابة ولهذا يسقط مال الكتابة ويسلم له الأولاد والإكساب وهو كما لو أعتقه الوارث بعد موته لا يجزي عن كفارته بالإتفاق

(وحجتنا) في ذلك ظاهر الآية ففيها أمر بتحرير الرقبة والتحرير تصيير شخص مرقوق حرا وقد حصل والرقبة اسم لذات مرقوق عرفا والمكاتب كذلك قال صلى الله عليه و سلم (المكاتب عبد ما بقي عليه درهم) ولا يتمكن النقصان في رقه ولا يصير العتق مستحقا له بسبب الكتابة لأن حكم العتق في الكتابة متعلق بشرط الأداء ولو علق عتقه بشرط آخر لم يثبت به الاستحقاق فكذلك بهذا الشرط بل أولى لأن التعليق بسائر الشروط يمنع الفسخ وبهذا الشرط لا يمنع ولو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه واعادته إلى الحالة الأولى لأن نقصان الرق بثبوت الحرية من وجه وكما أن ثبوت الحرية من جميع الوجوه لا يحتمل الفسخ فكذلك ثبوته من وجه ولأن الثابت بالكتابة انفكاك الحجر عنه في حق المكاتب وبذلك لا يتمكن النقصان في رقه كالإذن في التجارة إلا أن ذلك فك بغير عوض فلا يكون لازما في حق المولى وهذا فك بعوض فيكون لازما

ولكن مع هذا المنافع والمكاسب غير الرقبة فبالتصرف فيها لازما كان أو غير لازم لا يتمكن النقصان في الرق والملك كالإعارة مع الإجارة وبسبب اللزوم يمتنع على المولى التصرف فيه ويلزمه ضمان العقر والأرش لأن ذلك في حكم المكاسب والمنافع والمكاسب صارت مستحقة له ولكن بهذا الاستحقاق لا تصير الرقبة في حكم المستهلك وإذا ثبت أن العتق لا يصير مستحقا بهذا السبب ظهر أن إعتاق المولى إياه يكون تحريرا مبتدأ من كل وجه فيصير به ممتثلا للأمر والدليل عليه أنه يسقط به بدل الكتابة ولو كان هذا إعتاقا بجهة الكتابة لتقرر به البدل فإن تسليم المعوض يوجب تقرير البدل ولا يجوز أن يكون إعتاقه إبراء لأنه يحتمل التعليق بالشرط وإذا أعتق نصفه يعتق ذلك القدر والإبراء عن نصف البدل لا يوجب عتق شيء منه فأما سلامة الإكساب والأولاد فلأنه عتق وهو مكاتب لا لأنه عتق بجهة الكتابة كما لو كاتب أم ولده ثم مات

المولى عتقت بجهة الاستيلاد وسلم لها الأولاد والإكساب وهذا لأن العتق في حق المكاتب واحد والإعتاق من المولى تختلف جهاته ففيما يرجع إلى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفي حق المولى يجعل إعتاقا بجهة الكفارة لأنه قصد ذلك وهو كالمرأة إذا وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء وتجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا لمقصود الزوج عند الطلاق وفي حقها تجعل تمليكا بهبة مبتدأة

(قال) (فإن أعتق عن ظهاره نصيبه من عبد بينه وبين غيره لم يجزه عن كفارته في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – وإن ضمن نصيب شريكه فأعتق ما بقي منه) لأن العتق عبده يتجزى فإنما عتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس برقبة ثم يتمكن النقصان في حق النصف الآخر لأنه يتعذر عليه استدامة الرق فيه وهذا النقصان في ملك الشريك غير مجز عن الكفارة وبالضمان إنما يملك ما بقي منه فإذا أعتقه كان هذا في المعنى إعتاق عبد إلا شيئا وعند الضمان إنما يستحق عليه السعاية فيما ضمن لشريكه فإعتاقه يكون إبراء عن تلك السعاية فلا تتأدى به الكفارة

فأما على قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – العتق لا يتجزى فإن أعتق نصيبه عتق كله إلا أن المعتق إن كان موسرا فهو ضامن لنصيب شريكه ولا سعاية على العبد فكان هذا إعتاقا بغير عوض فيجزي عن الكفارة وإن كان معسرا فعلى العبد السعاية في نصيب شريكه فيكون هذا عتقا بعوض فلا تتأدى به الكفارة فأما إذا كان العبد كله له فأعتق نصفه عن كفارته عندهما يعتق كله بغير سعاية ويجوز عن الكفارة وعند أبي حنيفة – رحمه الله – يعتق نصفه ولا يجوز عن كفارته فإن أعتق النصف الباقي بعد ذلك بنية الكفارة في القياس لا يجزيه لما بينا أن بإعتاق النصف يتمكن النقصان في النصف الآخر كما في الفصل الأول وفي الاستحسان يجزي لأن هذا النقصان بسبب العتق عن الكفارة فلا يمنع الجواز

ومعنى هذا أن الرقبة كلها مملوكة له هنا فالنقصان في النصف الآخر إنما يحصل في ملكه فيمكن تحريره عن الكفارة إذا أكمله ويجعل كأنه في المرة الأولى أعتق النصف وزيادة ثم أعتق ما بقي بخلاف المشترك وهذا نظير الاستحسان فيمن أضجع أضحيته ليذبحها فأصابت السكين عين الشاة لا يمنع جواز التضحية بها استحسانا لأن حصول هذا العيب بسبب فعل التضحية

(قال) (ولا يجزيه العتق بما في البطن عن الكفارة وإن ولدته لأقل من ستة أشهر) لأن الجنين بمنزلة جزء من الأم في بعض الأحكام فلا يكون رقبة مطلقة لأن الرقبة المطلقة ما يكون نفسا على حدة من كل وجه خصوصا في حكم العتق والجنين بمنزلة الجزء حتى يعتق بعتقها على وجه لا يجوز استثنائه كيدها ورجلها

(قال) (وإن اشترى أباه ينوي به العتق عن ظهاره أجزأه استحسانا في قول علمائنا الثلاثة – رضي الله عنهم – وفي القياس لا يجزيء وهو قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – الأول وزفر والشافعي – رحمهما الله تعالى –) وجه القياس : أن الواجب عليه التحرير والشراء غير التحرير لأن الشراء استجلاب للملك والعتق إبطال له فكانت المغايرة بينهما على سبيل المضادة ولأن العتق بسبب القرابة صار مستحقا له عند دخوله في ملكه فلا تتأدى به الكفارة كما لو قال لعبد الغير إن اشتريتك فأنت حر ثم اشتراه ينوي به الكفارة وهذا لأن عند وجود الشرط إنما يعتق بالسبب الذي حصل الاستحقاق به وهو القرابة ولا يتصور اقتران نية الكفارة بذلك السبب والدليل على أن الاستحقاق بالقرابة أن أحد الشريكين في العبد إذا ادعى سببه يضمن لشريكه قيمة نصيبه كما لو أعتقه توضيحه : أن أم هذا الولد استحقت حق العتق عند دخولها في

ملكه وذلك مانع إعتاقها عن الكفارة حتى لو قال لها : إذا اشتريتك فأنت حرة عن ظهاري لا يجزئه عن الظهار فالإبن الذي استحق حقيقة العتق عند دخوله في ملكه أو الأب أولى أن لا يجوز إعتاقه عن الكفارة وهذا لأن العتق مجازاة للأبوة ومجازاة الأبوة فرض فلا يتأدى به واجب آخر وصرف منفعة الكفارة إلى أبيه لا يجوز كالطعام والكسوة

(وحجتنا) في ذلك ظاهر الآية ففيها أمر بالتحرير وهو تصيير شخص مرقوق حرا كالتسويد تصيير المحل أسود وقد وجد ذلك وهذا لأن شراء القريب إعتاق قال – صلى الله عليه و سلم – (لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه) أي بالشراء كما يقال أطعمه فأشبعه وسماه بالشراء مجازيا وإنما يكون مجازيا بالإعتاق والدليل عليه أنه لو اشترى نصف قريبه يضمن لشريكه إن كان موسرا والضمان الذي يختلف باليسار والإعسار لا يكون إلا عن إعتاق وهذا لأنه بالشراء يصير متملكا والملك في القريب إكمال لعلة العتق فإذا صار مضافا إلى الشراء يكون به معتقا لأن السبب الموجب للحكم بواسطة كالموجب بغير واسطة في كون الحكم مضافا إليه والدليل على إثبات هذه القاعدة أن عتق القريب يثبت بالقرابة والملك جميعا قال – صلى الله عليه و سلم – (من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر) وهذا لأن العتق صلة وللملك تأثير في استحقاق الصلة شرعا حتى تجب الزكاة باعتبار الملك صلة للفقراء كما أن للقرابة تأثيرا في استحقاق الصلة وكل واحد من الوصفين لكونه مؤثرا علة ومتى تعلق الحكم بعلة ذات وصفين فالحكم لآخرهما وجودا لأن تمام العلة به وآخر الوصفين هنا الملك فيكون به معتقا ولهذا لو ادعى أحد الشريكين نسب نصيبه يضمن لشريكه لأن آخر الوصفين وجود القرابة هنا فيصير به معتقا

وهو كالشهادة على النسب بعد الموت يوجب ضمان الميراث عند الرجوع لأن آخر الوصفين ما أثبته الشهود ولا يدخل على هذا شهادة الشاهد الثاني فإنه لا يحال بالإتلاف عليها وإن تمت الحجة بها لأن الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء والقضاء يكون بهما معا وبهذا تبين فساد قولهم أن العتق مستحق بالقرابة لأن الاستحقاق لا يثبت قبل كمال العلة ولأنه لا يجبر على الشراء

وهذا بخلاف المحلوف بعتقه لأن الملك هناك شرط لا أثر له في استحقاق ذلك العتق فيكون معتقا بيمينه ولم تقترن نية الكفارة بها حتى لو اقترنت جاز وقولهم : أن العتق بسبب القرابة فرض قلنا إنما يقع العتق بسبب القرابة ويكون مجازاة له إذا قصد ذلك فأما إذا قصد به الكفارة كان هذا في حقه إعتاقا عن الكفارة فهو بمنزلة من فرض عليه نفقة أخيه فصرف إليه زكاة ماله جاز ثم تسقط به النفقة حكما لحصول المقصود وهذا الفقه الذي أشرنا إليه في مسألة الكتابة أن في حق المعتق العتق واحد فيحصل مقصوده من أي وجه نواه المعتق ولكن في حق المعتق تكثر جهاته فيكون عما نوى ليصح قصده وليس هذا نظير أم الولد لأن استحقاق العتق لها بالاستيلاد كما قال – صلى الله عليه و سلم – (أعتقها ولدها) فيكون الملك فيها شرطا للعتق لا إكمالا للعلة ولا معنى لقولهم أن هذا صرف منفعة الكفارة إلى أبيه لأنه لما جاز صرف هذه المنفعة إلى عبده جاز صرفها إلى أبيه بخلاف الإطعام والكسوة فصرفه إلى عبده لا يجوز فإلى أبيه أولى

وكذلك إن وهب له أبوه أو تصدق به عليه أو أوصى له به وهو ينوي عن كفارته فهو على الخلاف الذي بينا لأن الملك بهذه الأسباب يحصل بصنعه وهو القبول فأما إذا ورث أباه ينوي به الكفارة لا يجزئه لأن الميراث يدخل في ملكه من غير صنعه وبدون الصنع لا يكون محررا والتكفير إنما يتأدى بالتحرير ولهذا لا يضمن لشريكه إذا ورث نصف قريبه وإذا قال

فلان حر يوم اشتريه ثم اشتراه ونوى عن ظهاره لا يجزئه لأنه إنما يعتق عند الشراء بقوله حر ولم يقترن به نية الكفارة وإن كان عنى بقوله هو حر يوم اشتريه عن ظهاري أجزأه لاقتران نية الكفارة بالإعتاق

(قال) (وإن قال إذا اشتريته فهو حر ثم قال إذا اشتريته فهو حر عن ظهاري فاشتراه لا يجزي عن الظهار) لأن التعليق الأول قد صح على وجه لا يملك إبطاله ولا تغييره فإنما يحال بالعتق عند الشراء عليه لأنه ترجح يالسبق ولم تقترن به نية الكفارة

(قال) (ولا يجزي أن يعتق عن ظهار واحد نصف رقبة ويصوم شهرا أو يطعم ثلاثين مسكينا) لأن نصف الرقبة ليس برقبة وإكمال الأصل بالبدل غير ممكن فإنهما **لا يجتمعان** فكيف يتحقق إكمال أحدهما بالآخر

(فإن قيل) إن أعتق نصف رقبتين بأن كان بينه وبين شريكه عبدان

(قلنا) لا يجوز أيضا لأن نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها بخلاف الأضحية فإن رجلين لو ذبحا شاتين بينهما عن أضحيتهما جاز لأن الشركة لا تمنع التضحية كما في البدنة

(قال) (ولو أعتق عبدا عن ظهارين فله أن يجعله عن أيهما شاء ويجامع تلك المرأة وكذلك الصوم والإطعام وفي القياس لا يجوز) وهو قول زفر لانعدام نية التعيين ولأنه يصير معتقا عن كل ظهار نصف رقبة إذ ليس إحداهما بأولى من الأخرى فهو كما لو أعتق رقبة عن كفارة القتل والظهار ووجه الاستحسان أن نية التعيين في الجنس الواحد لغو غير مفيد فلا تعتبر بخلاف الجنسين

ألا ترى أن من كان عليه قضاء أيام من رمضان فنوى صوم القضاء جاز وإن لم يعين صوم يوم الخميس أو الجمعة لأن الجنس واحد بخلاف ما لو كان عليه صوم القضاء والنذر فإنه لا بد فيه من التعيين لاختلاف الجنس

(قال) (ولو أعتق رجل عنه بغير أمره لم يجزه عن ظهاره) لأن المعتق عن المعتق ونيته من غيره لغو لأنه يعقب الولاء وليس لأحد أن يلزم غيره ولاء بغير أمره فإن كان بأمره فهو على وجهين إما أن يكون بجعل أو بغير جعل فإن كان بجعل بأن قال أعتق عبدك عن ظهاري على ألف درهم فأعتقه جاز عن ظهاره استحسانا عندنا وعند الشافعي - رحمه الله تعالى - ووجب المال عليه وفي القياس وهو قول زفر - رحمه الله تعالى - يعتق عن المعتق والولاء له ولا يجزئ عن ظهار الآمر ولا مال عليه لأنه التمس منه محالا وهو أن يعتق ملك نفسه من غيره ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فكان أعتاق زيد ملكه عن عمرو محالا

ولا يجوز إضمار التمليك هنا لأن الإضمار لتصحيح المصرح به لا لإبطاله وإذا أضمرنا التمليك صار معتقا عن الآمر ملكه لا ملك نفسه وهو خلاف ما صرح به ولكنا نقول معنى كلامه ملكني عبدك هذا بألف درهم ثم كن وكيلي في إعتاقه عن ظهاري لأنه التمس منه إعتاقه عن ظهاره ولا وجه لتصحيح التماسه إلا بهذا الإضمار وتصحيح كلام العاقل واجب بحسب الإمكان فإذا أمكن تصحيحه بهذا الطريق يصحح لمعنى وهو أن الملك في المحل شرط العتق وشرط الشيء تبعه فيصير كالمذكور بذكر أصله كمن نذر صلاة تلزمه الطهارة ومن نذر اعتكافا يلزمه الصوم ويصير ذلك كالمذكور

وعلى هذا لو قال بعت منك هذا العبد بكذا فقال المشتري هو حر يعتق من جهته ويصير القبول والتمليك ثابتا بمقتضى كلامه ومعنى قوله عبدك يعني العبد الذي هو ملك لك للحال لا عند مصادفة العتق إياه فمقصوده من هذا تعريف العبد لا إضافته إليه والخلاف ثابت فيما لو قال أعتق هذا العبد عني وأما إذا كان بغير جعل بأن قال أعتق عبدك عن ظهاري بغير شيء فأعتقه المأمور على قول أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – الولاء للمأمور ولا يجزيء عن ظهار الآمر وهو القياس وعلى قول أبي يوسف والشافعي – رحمهما الله تعالى – الولاء للآمر ويجزيء عن ظهاره باعتبار إضمار التمليك كما في الأول وهذا لأن الملك سواء حصل له بعوض أو بغير عوض يجوز عن كفارته إذا أعتقه ولا يجوز أن يقال الملك بطريق الهبة لا يحصل إلا بالقبض لأن القبض في باب الهبة كالقبول في البيع فكما سقط اعتبار القبول هناك لكون البيع في ضمن العتق فكذلك يسقط اعتبار القبض هنا أو يجعل القبض مدرجا في كلامه حكما كما يندرج القبول في كلامه أو يجعل العبد قابضا نفسه من المولى له كما لو قال أطعم عن ظهاري ستين مسكينا يجوز بغير بدل على أن يقبض الفقير له ثم لنفسه والدليل عليه أنه لو قال أعتقه عني بألف ورطل من خمر فأعتقه جاز عن الآمر ويندرج البيع الفاسد هنا والملك بالبيع الفاسد لا يحصل إلا بالقبض كما في الهبة وأبو حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – يقولون مستوهب أمر بالعتق قبل القبض فلا يجزيء عنه كما لو استوهبه العبد نصا ثم قال قبل قبضه أعتقه وهذا لأن القبض في باب الهبة شرط لوقوع الملك على وجه لا يجوز إسقاطه بحال فلا يسقط بالاندراج في العتق لأن المسقط إنما يعمل في محله لا في غير محله بخلاف القبول في البيع فإنه يحتمل السقوط حتى لو قال بعت منك هذا الثوب بعشرة فاقطعه فقطعه صار متملكا وإن لم يقبل وهذا لأن الإيجاب مع القبول قد يحتمل السقوط في البيع وهو عند التعاطي فمجرد القبول أولى أن يحتمل السقوط وبه فارق البيع الفاسد لأن الفاسد في الحكم ملحق بالجائز والقبض هناك نظير القبول هنا في أنه يحتمل الإسقاط ولا يجوز أن يجعل القبض مدرجا في كلامه هنا لأن القبض فعل والقول لا يتضمن الفعل إنما يتضمن قولا مثله والقبول قول فيجوز أن يندرج في كلامه ولا يجوز أن يجعل العبد قابضا نفسه هنا لأن الإعتاق إبطال للملك والمالية والعبد إنما يقبض ما يسلم له دون ما لا يسلم له وبه فارق الطعام فإن المسكين يقبض عين الطعام فيمكن أن يجعل قابضا للآمر أولا ثم لنفسه ولكن العبد ينتفع بهذا الإعتاق فمن هذا الوجه يندرج فيه أدنى القبض ولكن أدنى القبض يكفي في البيع الفاسد ولا يكفي في الهبة كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة ومع الاتصال في الثمار على رؤوس الأشجار يكفي لوقوع الملك في البيع الفاسد دون الهبة وبهذا يتضح الفرق بين هذه الفصول

(قال) (ولو أعتق المظاهر عبده على جعل لم يجز قل الجعل أو كثر) لأن التكفير بما يخلص لله تعالى وعمله في العتق بجعل لا يكون خالصا لله تعالى لأنه قصد به العوض ولهذا قال – صلى الله عليه و سلم – فيما يؤثر عن ربه عز و جل يقول الله تعالى (أنا أغنى الشركاء عن الشرك فمن عمل لي عملا وأشرك فيه غيري فهو كله لذلك الشريك وأنا منه بريء) وإن وهب له الجعل بعد ذلك لم يجزه عن الكفارة لأن هذا إبراء عن الدين ولا مدخل للإبراء عن الدين في الكفارات والله أعلم بالصواب ." (١)

---

(١) المبسوط، ٤٣/٥

" إعلم بأن موجب قذف الزوج زوجته كان هو الحد في الابتداء كما في الأجنبية ثبت بقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ (النور : ٤) الآية والدليل عليه ما روي أن ابن مسعود – رضي الله عنه – قال : (كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة إذ دخل رجل أنصاري فقال يا رسول الله : أرأيت الرجل يجد مع امرأته رجلا فإن قتل قتلتموه وإن تكلم جلدتموه وإن سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت آية اللعان) وقال – صلى الله عليه و سلم – لهلال ابن أمية – رضي الله عنه – حين قذف امرأته بشريك بن سمحاء (إيت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك وإلا فحد على ظهرك) وقالت الصحابة – رضوان الله عليهم – الآن يجلد هلال بن أمية – رضي الله عنه – فتبطل شهادته في المسلمين فثبت أن موجب القذف كان هو الحد ثم انتسخ ذلك باللعان في حق الزوجين واستقر الأمر على أن موجب قذف الزوج الزوجة اللعان بشرائط نذكرها وعلى قول الشافعي موجبه الحد ولكنه يتمكن من إسقاط ذلك عن نفسه باللعان حتى لو امتنع الزوج من اللعان يقام عليه حد القذف وعندنا يحبس حتى يلاعن

واستدل بقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ (النور : ٤) ثم في آية اللعان بيان المخرج للزوج بأن تقام كلمات اللعان مقام أربعة من الشهداء لأن في كلمات اللعان لفظة الشهادة وهي شهادات مؤكدة بالأيمان مزكاة باللعن مؤكدة بالظاهر وهو أن الزوج لا يلوث الفراش على نفسه كاذبا ولهذا قلت بلعانه يجب حد الزنا عليها ثم تتمكن هي من إسقاط الحد عن نفسها بلعانها على أن يكون لعانها معارضا لحجة الزوج لأنها شهادات مؤكدة بالأيمان مزكاة بالتزام الغضب مؤيدة بالظاهر وهو أن المسلمة تمتنع من ارتكاب الحرام وفي كتاب الله تعالى إشارة إلى هذا فإنه قال : ﴿ ويدرأ عنها العذاب ﴾ أي يسقط الحد الواجب بلعان الزوج

(وحجتنا) في ذلك قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ﴾ (النور : ٦) فهذا يقتضي أن يكون المذكور في الآية جميع موجب قذف الزوجة وذلك ينفي أن يكون الحد موجب هذا القذف مع اللعان ولو وجب الحد عليه لم يسقط إلا بحجة وكلمات اللعان قذف أيضا فكيف يصح أن يكون القذف مسقطا لموجب القذف فعرفنا أنه هو الموجب لما فيه من التزام اللعن وإذا امتنع منه يحبس حتى يلاعن لأن من امتنع من إيفاء حق مستحق عليه لا تجرى النيابة في إيفائه يحبس حتى يؤتى به ولا يجب عليها حد بلعانه لأن شهادة المرء لنفسه لا تكون حجة في استحقاق ما يثبت مع الشبهات على الغير ابتداء فكيف تكون حجة في استحقاق ما يندرئ بالشبهات وهذا لأن الشهادات وإن تكررت من واحد ليس بخصم لا تتم الحجة بها فمن الخصم أولى والعجب من الشافعي – رحمه الله تعالى – أنه يقول لو شهد الزوج مع ثلاثة نفر على زوجته بالزنا لا يجب الحد عليها فكيف يجب الحد بشهادته وحده ولكن اللعان مستحق عليها كما هو على الزوج فإذا امتنعت حبست والمراد من قوله تعالى ﴿ ويدرأ عنها العذاب ﴾ (النور : ٨) الحبس لا الحد

إذا عرفنا هذا فنقول من شرائط اللعان عندنا كون الزوجين من أهل الشهادة على الإطلاق

وعند الشافعي – رضي الله تعالى عنه – هذا ليس بشرط ولكن كل من كان من أهل الطلاق عنده فهو من أهل اللعان

وهذا منه تناقض لأنه يجعل كلمات اللعان شهادات في وجوب الحد بها ثم لا يشترط الأهلية للشهادة ولكن يقول اللعان من كلام الزوج موجب للفرقة فيكون بمنزلة الطلاق

(وحجتنا) في ذلك ما بدأ به الباب فقال بلغنا عن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – (أنه قال لا لعان بين أهل الكفر وأهل الإسلام ولا بين العبد وامرأته) وأهل الحديث يروون هذا بلفظ آخر وقد ذكره صاحب المشافهات في تفسيره : أربعة لا لعان بينهم وبين نسائهم : المسلم إذا كان تحته كافرة والكافر إذا كان تحته مسلمة والحر إذا كان تحته أمة والعبد إذا كان تحته حرة فذلك تنصيص على اشتراط أهلية الشهادة فيهما وفي الآية إشارة إلى هذا فإنه قال : ﴿ ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ﴾ (النور : ٦) والمراد بالشهداء من يكون أهلا للشهادة مطلقا والمستثني من جنس المستثني منه وقال الله تعالى : ﴿ فشهادة أحدهم ﴾ (النور : ٦) وهذا شأن شهادة شرعية ولا يتحقق ذلك ممن ليس بأهل للشهادة ثم المسلم إذا كان تحته كافرة فهي ليست بمحصنة وكما أن قذف الأجنبية إذا لم تكن محصنة لا يوجب الحد فكذلك قذف الزوج زوجته إذا لم تكن محصنة لا يوجب اللعان وكذلك الحر إذا كان تحته أمة

فأما الكافر إذا كان تحته مسلمة بأن أسلمت امرأته فقذفها قبل أن يعرض عليه الإسلام فهو ليس من أهل الشهادة عليها وكذلك العبد إذا كان تحته حرة فلا يكون قذفه إياها موجبا للعان ولكنه يكون موجبا حد القذف لأن القذف بالزنا لا ينفك عن موجب فإذا خرج من أن يكون موجبا للعان لمعنى في القاذف كان موجبا للحد وكذلك المحدود في القذف إذا قذف امرأته لأن الدلالة قامت لنا على أن إقامة حد القذف عليه مبطل لشهادته ومخرج له من أن يكون أهلا لأداء الشهادة وكذلك إن كانت المرأة محدودة في قذف فلا لعان بينهما لانعدام أهلية أداء الشهادة في جانبها إلا أنه إذا كانت هي المحدودة في القذف فلا حد على الزوج ولا لعان لأن قذفه باعتبار حاله موجب للعان فلا يكون موجبا للحد إذ لا يجمع بين الموجبين ولكن امتنع جريان اللعان لمعنى من جهتها فهو كما لو صدقت الزوج بخلاف ما إذا كان الزوج هو المحدود لأن قذفه باعتبار حاله لم يكن موجبا اللعان فكان موجبا للحد إذ هي محصنة ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد أيضا لأن قذفه باعتبار حاله غير موجب للعان فيكون موجبا للحد ولا يجوز أن يقال امتناع جريان اللعان هنا لكونها محدودة لأن أصل القذف يكون من الرجل وإنما يظهر حكم المانع في جانبها بعد قيام الأهلية في جانب الرجل فأما بدون الأهلية في جانبه لا معتبر بحالها وكذلك العبد يقذف الحرة المحدودة تحته لأنها محصنة وإن قذف العبد امرأته وهي مملوكة أو مكاتبة فلا حد عليه ولا لعان لأنها ليست بمحصنة وكذلك الحر يقذف امرأته وهي أمة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة أو مستسعاة في قول أبي حنيفة – رحمه الله – لأنها بمنزلة المكاتبة فلا تكون محصنة مع قيام الرق ولكنه يعذر لذلك أسواطا لأن قذف المملوك يوجب التعزير لمعنى هتك الستر وإشاعة الفاحشة والعبد إذا قذف امرأته الحرة المسلمة فعليه الحد لأن قذفه باعتبار حاله غير موجب للعان فيلزمه الحد لكونها محصنة

(قال) (وإذا قذف الأعمى امرأته وهي عمياء والفاسق قذف امرأته فعليهما اللعان) لأن الفاسق من أهل الشهادة ولكن لا تقبل شهادته لعدم ظهور رجحان جانب الصدق ولهذا أمر الله تعالى بالتثبت في خبره والتثبت غير الرد بخلاف المحدود في القذف فإنه محكوم ببطلان شهادته كما قالت الصحابة – رضوان الله عليهم – فتبطل شهادته في المسلمين والدليل عليه أن الفاسق إذا شهد في حادثة فرد القاضي شهادته ثم أعادها بعد التوبة لم تقبل ولو لم يكن المردود شهادة لكانت مقبولة بعد التوبة وكذلك الأعمى من أهل الشهادة إلا أنه لا تقبل شهادته لنقصان في ذاته وهو أنه لا يميز

بين المشهود له والمشهود عليه إلا بالصوت والنغمة ولأن شهادته جائزة في قول بعض الفقهاء يعني إذا تحمل وهو بصير ثم أدى بعد العمى تقبل شهادته عند أبي يوسف – رحمه الله تعالى – فإذا كان من أهل الشهادة كان من أهل اللعان أيضا

(قال) (وإذا قذف امرأته وقد زنت فلا حد عليه ولا لعان) لأنها ليست بمحصنة وهو صادق فيما رماها به من الزنا وكذلك إن وطئت وطئا حراما يريد به الوطء بشبهة وعن أبي يوسف – رحمه الله تعالى – قال يلاعنها وهو قول ابن أبي ليلى لأن هذا الوطء مثبت للنسب موجب للعدة والمهر فلا يسقط به الإحصان كوطء المنكوحة في حالة الحيض ولكنا نقول وطء غير مملوك فيكون في معنى الزنا فيسقط به الإحصان ولكن لا يجب به الحد للشبهة والشبهة تصلح لإسقاط الحد لا لإيجابه فلو أوجبنا على قاذفها الحد واللعان كان فيه إيجاب الحد بالشبهة وبهذا فارق حكم النسب والعدة لأنه يثبت مع الشبهة

(قال) (وإذا قذفها وهي صغيرة أو هو صغير فلا حد ولا لعان) أما الصبي فقوله هدر فيما يتعلق به اللزوم والصغيرة ليست بمحصنة وكذلك إن كان أحدهما مجنونا أو معتوها وكذلك إن كان أحدهما أخرس أما إذا كان الزوج هو الأخرس فقذفه لا يوجب الحد ولا اللعان عندنا وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – يوجب لأن إشارة الأخرس كعبارة الناطق ولكنا نقول لا بد من التصريح بلفظ الزنا ليكون قذفا موجبا للحد أو اللعان ولا يتأتى هذا التصريح في إشارة الأخرس فإن اشارته دون عبارة الناطق بالكتابة ولأنه لا بد من لفظ الشهادة في اللعان حتى أن الناطق لو قال أحلف مكان قوله أشهد لا يكون صحيحا

وبعض أصحاب الشافعي – رحمه الله تعالى – يرتكبون هذا ولكنه مخالف للنص فإذا ثبت أنه لا بد من لفظ الشهادة وذلك لا يتحقق بإشارة الأخرس وكذلك إن كانت هي خرساء لأن قذف الخرساء لا يوجب الحد على الأجنبي لجواز أن تصدقه لو كانت تنطق ولا تقدر على إظهار هذا التصديق بإشارتها وإقامة الحد مع الشبهة لا يجوز

(قال) (وإذا قذف الحر المسلم امرأته الحرة المسلمة بالزنا فإن كفت عن مرافعته فهي امرأته) لأن حقيقة زناها لا ينافي بقاء النكاح بينهما فالنسب إلى الزنا أولى واللعان هنا كالحد في قذف الأجانب وذلك لا يستوفي إلا بطلب المقذوف فهذا مثله وإن دفعته بدأ الإمام بالرجل فأمره أن يلاعن كما قال الله تعالى في كتابه : يقوم فيشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ثم تقوم المرأة فتشهد أربع شهادات بالله إنه لمن المكاذبين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا

أما قيامهما ليس بشرط فسره الحسن عن أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – قال : لا يضره اللعان قائما أو قاعدا لأن اللعان شهادة أو يمين فالقائم والقاعد فيه سواء

وذكر في النوادر عن الحسن عن أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – أنه لا بد أن يقول إني لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا وهي تقول أنت من الكاذبين فيما رميتني به من الزنا لأنه إذا ذكر بلفظة الغائبة يتمكن فيه شبهة واحتمال فلا بد من لفظ الخطاب وفي ظاهر الرواية لم يعتبر هذا لأن كل واحد منهما يشير إلى صاحبه والإشارة أبلغ أسباب التعريف

فإذا فرغا من اللعان فرق الإمام بينهما لحديث سهل بن سعد – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه و سلم – لما لاعن بين العجلاني وامرأته فقال العجلاني كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا ففارقها قبل أن يأمره رسول الله – صلى الله عليه و سلم – بأن يفارقها فكانت سنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما . ثم الفرقة لا تقع عندنا إلا بتفريق القاضي . وعند الشافعي – رضي الله تعالى عنه – تقع بنفس لعان الزوج . وعلى قول زفر – رحمه الله تعالى – يقع الفرقة بلعانهما

فالشافعي – رحمه الله تعالى – يقول سبب هذه الفرقة قول من الزوج مختص بالنكاح الصحيح فيتم به كالطلاق وزفر – رحمه الله تعالى – يستدل بقوله صلى الله عليه و سلم (المتلاعنان لا يجتمعان أبدا) فنفي الاجتماع بعد التلاعن تنصيص على وقوع الفرقة بينهما ولكنا نستدل بالحديث الذي روينا فإن العجلاني – رضي الله تعالى عنه – أوقع الثلاث عليها بعد التلاعن ولم ينكر عليه رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر عليه فإن قيل قد أنكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها

(قلنا) ذاك منصرف إلى طلبه رد المهر فإنه روي أنه قال أن كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وإن كنت كاذبا فابعد اذهب فلا سبيل لك عليها ولأن الراوي قال فذلك السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما فدل أنه لا تقع الفرقة إلا بالتفريق وكان التفريق هنا بمنزلة فسخ البيع بسبب التحالف عند الاختلاف في الثمن ثم هناك لا ينفسخ البيع ما لم يفسخ القاضي فكذلك هنا وهذا لأن مجرد اللعان غير موضوع للفرقة ولا هو مناف للنكاح إلا أن الفرقة بينهما لقطع المنازعة والخصومة وفوات المقصود بالنكاح مع إصرارهما على كلامهما فلا يتم إلا بقضاء القاضي فأما قوله – صلى الله عليه و سلم – (المتلاعنان لا يجتمعان أبدا) حقيقة هذا اللفظ حال تشاغلهما باللعان كالمتقاتلين والمتضاربين فزفر – رحمه الله تعالى – يوافقنا أن في حال تشاغلهما باللعان لا تقع الفرقة بينهما

ثم ذكر عن إبراهيم – رضي الله تعالى عنه – قال : اللعان تطليقة بائنة وإذا أكذب الملاعن نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب

وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – فقالا الفرقة باللعان تكون فرقة بالطلاق وعلى قول أبي يوسف – رحمه الله – تكون فرقة بغير طلاق بناء على أن عند أبي يوسف يثبت باللعان الحرمة المؤبدة بينهما وهو قول الشافعي – رضي الله عنه – وعند أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – لا تتأبد الحرمة بسبب اللعان حجتهما في ذلك قوله – صلى الله عليه و سلم – (المتلاعنان لا يجتمعان أبدا) وهكذا نقل عن عمر وعلي وابن مسعود – رضي الله عنهم – والمعنى فيه أن سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان والطلاق يختص به الزوج فما يشترك الزوجان فيه لا يكون طلاقا ومثل هذا السبب متى كان موجبا للحرمة كانت مؤبدة كالحرمة بالرضاع

توضيحه أن ثبوت الحرمة هنا باللعان نظير حرمة قبول الشهادة بعد الحد في قذف الأجنبي وذلك يتأبد فكذلك هنا وحجة أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – أن الثابت بالنص اللعان بين الزوجين فلو أثبتنا به الحرمة المؤبدة كان زيادة على النص وذلك لا يجوز خصوصا فيما كان طريقه طريق العقوبات ثم هذه فرقة تختص بمجلس الحكم ولا يتقرر سببه

إلا في نكاح صحيح فيكون فرقة بطلاق كالفرقة بسبب الجب والعنة وهذا لأن باللعان يفوت الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بالإحسان فإذا امتنع منه ناب القاضي منابه فيكون فعل القاضي كفعل الزوج

وإذا ثبت أنه طلاق والحرمة بسبب الطلاق لا تتأبد فأما الحديث فقد بينا أن حقيقة المتلاعنين حال تشاغلهما باللعان ومن حيث المجاز إنما يسميان متلاعنين ما بقي اللعان بينهما حكما وعندنا لايجتمعان ما بقي اللعان بينهما حكما وإنما تجوز المناكحة بينهما إذا لم يبق اللعان بينهما حكما لأنه إذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لإقراره على نفسه بالتزام الحد ومن ضرورة إقامة الحد عليه بطلان اللعان ولا يبقى أهلا للعان بعد إقامة الحد وكذلك إن أقرت المرأة بالزنا فقد خرجت من أن تكون أهلا للعان وكذلك إن قذفت رجلا فأقيم عليها الحد فعرفنا أن حل المناكحة بينهما بعد ما بطل حكم للعان فلا يكون في هذا إثبات الاجتماع بين المتلاعنين

(قال) (وإذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما) وعلى قول ابن أبي ليلى : يلاعن ويحد أما اللعان فلأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم ثم قال ابن أبي ليلى : إنكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد ولكنا نقول إنكاره نفي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه فلهذا لا يحد

(قال) (وإذا نفى الرجل حبل امرأته فقال هو من زنا فلا لعان بينهما ولا حد قبل الوضع في قول علمائنا) وقال الشافعي – رحمه الله تعالى – يلاعنها لحديث هلال بن أمية – رضي الله عنه – فإنه قذف امرأته بنفي الحمل وقد لاعن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – بينهما ولأن الحبل يعرف وجوده بالظاهر ويتعلق به أحكام شرعا نحو الرد بالعيب والميراث والوصية به وله فكذلك يثبت حكم اللعان بنفيه

(وحجتنا) ما قال في الكتاب : أن نفي الحبل ليس بشيء لأنه لا يدري لعله ريح واللعان في قذف الزوج زوجته بمنزلة الحد في قذف الأجنبية فلا يجوز إقامته مع الشبهة بخلاف حكم الرد بالعيب فإنه يثبت مع الشبهات والإرث والوصية تتوقف على انفصال الولد ولا تتقرر في الحال

فأما الحديث من أصحابنا من قال أنه قذفها بالزنا نصا فإنه قال : وجدت شريك بن سمحاء على بطنها يزني بها ثم نفى الحبل بعد ذلك وعندنا إذا قذفها بالزنا نصا يلاعنها على أن النبي – صلى الله عليه و سلم – عرف من طريق الوحي أنها حبلى حتى قال إن جاءت به أحيمر على نعت كذا فهو لهلال ابن أمية – رضي الله عنه – وإن جاءت به أسود جعدا حماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال – صلى الله عليه و سلم – (لولا الأيمان التي سبقت لكان لي ولها شأن) ومثل هذا لا يعرف إلا بطريق الوحي ولا يتحقق مثله في زماننا ثم عند أبي حنيفة إذا جاءت بالولد يثبت نسبه من الزوج ولا يجرى اللعان بينهما بذلك النفي وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – إذا جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر منذ نفي فكذلك وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر لاعن ولزم الولد أمه لأنا تيقنا أن الحبل كان موجودا حين نفاه عن نفسه فكان هذا ونفيه بعد الولادة سواء والدليل عليه حكم الوصية والميراث فإنه يثبت إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر لتيقننا أنه كان موجودا وقت السبب وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول : أصل هذا القذف لم يكن موجبا للعان فلا يصير موجبا بعد ذلك لأنه حينئذ يكون هذا في معنى قذف مضاف والقذف لا يحتمل الإضافة ولا

التعليق بالشرط وبه فارق الوصية والميراث لأنه يمكن إثباته على سبيل التوقف والإضافة إلى ما بعد الانفصال يقرره أنه لو لاعنها قبل الوضع كما قال الشافعي يحكم على الحبل بقطع نسبه من الزوج إذ النسب من حق الولد وإلزام الحكم على الحمل لا يجوز فإذا تعذر نفي النسب عند النفي لا يصير محتملا للنفي بعد ذلك ولو لاعنها بعد الوضع لنفي النسب عنه وذلك لايجوز وإذا تعذر نفي النسب يتعذر اللعان كما لو ولدت ولدا ميتا وإذا لاعنها بغير ولد فلها النفقة والسكنى في العدة لأن وقوع الفرقة بسبب من جهة الزوج ولهذا كان طلاقا فإذا جاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه الولد لأنها جاءت به لمدة يتوهم أن العلوق في حال قيام النكاح وإن لم يكن عليها عدة لزمه الولد ما بينه وبين ستة أشهر كما لو وقعت الفرقة بينهما بسبب آخر ولو نفى هذا الولد لم يجر اللعان بينهما عندنا وعلى قول الشافعي – رحمه الله تعالى – يجري اللعان بينهما لأن الأصل عنده أن اللعان يجري لنفي الولد مقصودا ولهذا قال في النكاح الفاسد إذا دخل بها الزوج ثم جاءت بولد فنفاه يجري اللعان بينهما لنفي الولد مقصودا وهذا لأنه محتاج إلى أن ينفي عن نفسه نسبا ليس منه واللعان مشروع لحاجته فأما عندنا حكم اللعان ثبت بالنص في الزوجات قال الله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ﴾ (النور : ٦) ولا زوجية في النكاح الفاسد ولا بعد البينونة ولأنه لو جرى اللعان بينهما إنما يجري لنفي الولد وقد حكم الشرع بثبوت نسب الولد منه حين أوجب المهر والعدة بالنكاح الفاسد وبعد الحكم بثبوت النسب لا يتصور نفيه توضيحه : أن نفي النسب تبع لقطع الزوجية والتفريق بينهما وقيام التبع بالمتبوع فإذا تعذر الحكم عليه بقطع الزوجية يمتنع جريان اللعان بينهما

(قال) (وإذا لاعنها بولد ثم جاءت بولد بعد ذلك لستة أشهر أو أكثر ما بينها وبين السنتين لزمه هذا الولد) لأن العلوق به موهوم أنه كان في حال قيام النكاح

(قال) (وإذا ولدت المرأة ولدين في بطن واحد فأقر بالأول ونفى الثاني لزمه الولدان ويلاعنها فإن نفى الأول وأقر بالثاني لزماه ويحد) لأن إقراره بنسب أحدهما إقرار بنسبهما فإنهما توأم لا ينفصل أحدهما عن الآخر في حكم النسب لعلمنا أنهما خلقا من ماء واحد فإذا أقر بالأول كان هذا كإقراره بهما ثم في نفي الثاني هو قاذف لها بالزنا فيلاعنها وإن نفى الأول فقد صار قاذفا لها بالزنا وحين أقر بالثاني فقد أكذب نفسه فيلزمه الحد ونسب الولدين ثابت منه لأن إقراره بأحدهما كإقراره بهما

وإن نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان فإنه يلاعن على الحي منهما وهما ولداه لأن الذي مات قد لزمه نسبه ألا ترى أنه يرثه لو كان له مال وأنه لو قتل كان له الميراث من ديته والحكم بثبوت نسب أحدهما منه حكم بثبوت نسبهما فلا يحتمل النفي بعد ذلك ولأنه لو قطع نسب هذا الحي منه قطع نسب الميت أيضا والنسب كما لا يمكن إثباته بعد الموت بالدعوة لا يمكن قطعه بالنفي لأن فيه إلزام الحكم على الميت من غير خصم عنه فإن الأخ لا ينتصب خصما عن أخيه ولكن لا يمتنع جريان اللعان بينهما لأنه قذفها بالزنا وليس من ضرورة اللعان قطع النسب والنسب إنما لزمه حكما فلا يكون ذلك بمنزلة إكذابه نفسه في منع جريان اللعان بينهما وكذلك لو كانت ولدت أحدهما ميتا فنفاهما لأن المولود ميتا ثابت النسب منه حتى لو ضرب إنسان بطنها فلزمته الغرة كان للوالد منه الميراث وإذا لزمه نسب أحدهما لزمه نسبهما

(قال) (وإن ولدت ولدا فنفاه ولاعن به ثم ولدت من الغد ولدا آخر لزمه الولدان جميعا واللعان ماض) لأن نسب الذي كان في البطن لم يثبت فيه حكم الحاكم لما فيه من إلزام الحكم على الحمل وذلك ممتنع ولا يجوز أن يتوقف

على الانفصال فإذا انفصل كان ثابت النسب منه وهما توأم إذ ليس بينهما مدة حبل تام ومن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ولأن اعتبار جانب الذي كان منفصلا وقت اللعان يوجبه نفي النسب واعتبار جانب الآخر يثبت النسب وإنما يحتاط لإثبات النسب لا لنفيه فإن قال هما ابناي كان صادقا ولا حد عليه لأن نسبهما منه يثبت شرعا فهو بهذا اللفظ يخبر عما يلزمه شرعا فلا يكون إكذابا منه نفسه توضيحه : أن كلامه محتمل يجوز أن يكون مراده الإكذاب بدعوى النسب ويجوز أن يكون مراده الإخبار بما لزمه شرعا والحد لا يجب مع الاحتمال

وإن قال ليسا بإبني كانا ابنيه لأن نسبهما لزمه حكما فلا يملك نفيه ولا حد عليه لأنه بهذا اللفظ كرر القذف الذي لاعنها به فلا يلزمه بالتكرار حد ولو قال كذبت في اللعان وفيما قذفتها به كان عليه الحد لأنه صرح بإكذابه نفسه وذلك يوجب الحد عليه

(قال) (ولو نفى ولد زوجة محدودة أو كتابية أو مملوكة والزوج حر أو عبد كان نفيه باطلا ويلزم الولد إياه) لأن النسب قد ثبت منه بالفراش فلا ينقطع إلا باللعان وقد تعذر إثبات بينهما لإنعدام أهلية الشهادة فيهما أو في أحدهما فيبقي النسب ثابتا منه ولا حد على الزوج ولا لعان وقد أجمل هذا الجواب لأنه في السؤال ذكر الزوج العبد والمرأة المحدودة وقد بينا فيما سبق أن العبد إذا قذف امرأته المحدودة فعليه الحد فيحمل هذا الجواب على ما إذا كان الزوج حرا مسلما حتى يمتنع جريان اللعان من قبلها فحينئذ لا يجب الحد ولا اللعان

(قال) (وإذا التعن الرجل ثلاث مرات والتعنت المرأة ثلاث مرات ثم فرق القاضي بينهما فقد أخطأ السنة والفرقة جائزة عندنا) وعلى قول زفر والشافعي – رحمهما الله تعالى – حكمه بخلاف السنة باطل فلا تقع الفرقة بينهما لأنه حكم بخلاف النص فإن اللعان بالكتاب والسنة خمس مرات والحكم بخلاف النص باطل كما لو حكم بشهادة ثلاثة نفر في حد الزنا أو بشهادة رجل وامرأة بالمال

(وحجتنا) في ذلك أن هذا حكم في موضع الاجتهاد فيجوز وينفذ كالحكم بشهادة المحدود في القذف ونحوها وبيانه من وجهين :

أحدهما : أن ما شرع مكررا من واحد فقد يقام الأكثر منه مقام الكل والثاني أن تكرار اللعان للتغليظ ومعنى التغليظ يحصل بأكثر كلمات اللعان لأنه جمع متفق عليه وأدنى الجمع كأعلاه في بعض المواضع فإذا اجتهد القاضي وأدى اجتهاده إلى هذا الحكم نفذ حكمه ألا ترى أنه لو فرق بينهما بعد لعان الزوج قبل لعان المرأة ينفذ حكمه لكونه مجتهدا فيه فبعد ما أتى كل واحد منهما بأكثر كلمات اللعان أولى ولا نسلم أن قضاءه مخالف للنص لأن أصل الفرقة ومحلها غير مذكور في النص وهذا الاجتهاد في محل الفرقة فإن من أبطل هذا القضاء يقول لا تقع الفرقة وأن أتمت المرأة اللعان بعد ذلك ولا ينفذ حكمه وإن أتم الزوج اللعان وإنما تقع الفرقة عنده بلعان الزوج ولو فرق بينهما بعد ما التعن كل واحد منهما مرتين لم ينفذ حكمه لأن بقاء أكثر اللعان كبقاء جميعه فهذا حكم في غير موضع الاجتهاد فإن أقل الشيء لا يقوم مقام كماله

(قال) (ولو فرغا من اللعان فلم يفرق بينهما حتى مات أحدهما توارثا لأن الفرقة عندنا لا تقع إلا بقضاء القاضي فإنما انتهى النكاح بينهما بالموت

(قال) (ولو أخطأ القاضي فأمر المرأة فبدأت باللعان ثم التعن الرجل كان عليه أن يأمر المرأة بإعادة اللعان) لأنها التعنت قبل أوانه فإن اللعان مشروع في جانبها لمعارضة لعان الزوج لأنها لا يثبت بلعانها شيء على الزوج وما حصل قبل أوانه لا يعتد به فيأمرها باستقبال اللعان فإن لم يأمرها بذلك وفرق بينهما وقعت الفرقة كما لو التعن الزوج ولم تلتعن المرأة حتى فرق بينهما لأنه حكم في موضع الاجتهاد لأن فيما طريقه على طريق المعارضة لا فرق بين أن يسبق هذا أو ذاك وفي باب التحالف له أن يبدأ بيمين أيهما شاء ولأنهما متلاعنان سواء بدأت هي أو هو وحكمه في موضع الاجتهاد نافذ

(قال) (وإذا قذف أجنبية ثم تزوجها فقذفها فرافعته فيهما جلد الحد ودريء اللعان) لأن موجب قذفه قبل التزوج الحد وموجب قذفه بعد التزوج اللعان ولكن متى اجتمع الحدان عند الإمام وفي البداية بأحدهما إسقاط الآخر بديء بما فيه إسقاط الآخر احتيالا للدرء ولو بدأ باللعان هنا لم يسقط الحد ولو بدأ بالحد يسقط اللعان لأن المحدود في القذف لا يلاعن امرأته فلهذا يبدأ بالحد ولو أخذته بالآخر وتركت الأول لاعنها لأن حد القذف لا يقام إلا بطلب المقذوف فإذا لم يطلب صار القذف الأول كالمعدوم في حق الثاني وقد وجد منها الخصومة في الثاني فيلاعنها فإن أخذته بعد ذلك بالأول ضرب الحد لأن بترك الطلب زمانا لا يسقط حقها في المطالبة بحد القذف بعد تقرر الموجب لحد القذف وإن بدأت بالأول حد لها فإن أخذته بعد ذلك بالآخر لم يلزمه حد ولا لعان لأن القذف الثاني كان موجبا للعان وقد تعذر إقامته حين صار محدودا في قذف ولو كان موجبا للحد لا يقام إلا حد واحد وقد أقيم ذلك بعد القذفين

(قال) (وإذا قذف امرأته مرات فعليه لعان واحد) لأن اللعان في كونه موجب قذف الزوجات كالحد في حق الأجنبيات والحد لا يتكرر بتكرر القذف لشخص واحد

(قال) (وإذا قذف أربع نسوة في كلمة واحدة وفي كلمات متفرقة فعليه أن يلاعن كل واحدة منهن على حدة بخلاف ما لو قذف أجنبيات فإنه يقام عليه حد واحد لهن) لأن المقصود يحصل بإقامة حد واحد وهو دفع عار الزنا عنهن وهنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لأنه يتعذر الجمع بينهن في كلمات اللعان فقد يكون صادقا في بعضهن دون البعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك باللعان مع بعضهن فلهذا يلاعن كل واحدة منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه حد واحد لهن لأن موجب قذفه لهن الحد هنا والمقصود يحصل بحد واحد كما في الأجنبيات

(قال) (ولو قذف رجلا فضرب بعض الحد ثم قذف امرأة نفسه لم يكن عليه لعان وعليه تمام الحد لذلك الرجل) لأن قذفه إياها موجب للعان فإن بإقامة بعض الحد عليه لا تبطل شهادته ولكن لا بد من إكمال الحد لذلك الرجل أولا لأن في البداية به إسقاط اللعان فإنه يصير محدودا في قذف فيبدأ بإكمال الحد الأول لهذا ولو كان قذفه إياها في هذه الحالة موجبا للحد لم يجب إلا كمال الحد الأول كما لو قذف أجنبيا آخر

(قال) (وإذا قذف امرأته ثم بانت منه بطلاق أو غيره فلا حد عليه ولا لعان) لأن المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتأتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان بعد فوات المقصود به ولا حد عليه لأن قذفه كان موجبا للعان والقذف الواحد لا يوجب الحدين ولو أكذب نفسه لم يضرب الحد أيضا لهذا المعنى بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لاعنها لأن وجوب اللعان هناك بأصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها إلى الزنا وانتزع معنى الشهادة بإكذابه نفسه فيكون هذا نظير الشهود بالزنا فأما هنا لم توجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وإن أكذب نفسه

(قال) (ولو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية كان عليه الحد) لأنها بانت بالتطليقات الثلاث فإنما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لأنه قذفها وهي منكوحة ثم أبانها بالتطليقات وقد بينا أنه بعد ما قذفها إذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان وهذا لأنه وإن ذكر كلامه على سبيل النداء فقد نسبها به إلى الزنا لأن النداء للتعريف وتعريفها بهذا الوصف نسبتها إليه بأبلغ الجهات

(قال) (وإذا علق القذف بشرط لم يجب حد ولا لعان) لأن القذف مما لا يحلف به فلا يتعلق بالشرط ولأن التعلق بالشرط يمنع تحقق نسبتها إلى الزنا في الحال ولأن من لا تكون زانية قبل دخول الدار لا تكون زانية بدخول الدار وكذلك لو قال إذا تزوجتك فأنت زانية أو أنت زانية إن شاء فلان فهو باطل لما قلنا

(قال) (ولو قال لامرأته قد زنيت قبل أن أتزوجك أو رأيتك تزنين بل أن أتزوجك فهو قاذف اليوم وعليه اللعان) لأن القذف نسبتها إلى الزنا وقد تحقق ذلك في الحال بخلاف ما لو قال قذفتك بالزنا قبل أن أتزوجك فإنه يجب عليه الحد لأنه ظهر بإقراره قذف قبل التزوج فهو كما لو ثبت ذلك بالبينة بخلاف ما لو قال لها زنيت وأنت صغيرة فإنه لا حد عليه ولا لعان فإن فعل الصغيرة لا يكون زنا شرعا فقد نسبها إلى ما لا يتحقق شرعا فيكون هذا بمنزلة ما لو نسبها إلى ما لا يتحقق أصلا بأن قال زنيت قبل أن تخلقي فأما ما قبل التزوج يتحقق منها فعل الزنا شرعا ولأن الصغيرة لا يلحقها العار ولا الإثم شرعا والقذف بالزنا يتعير به المقذوف وقد يكون فيه آثما شرعا وإن قال لها فرجك زان أو جسدك زان أو بدنك زان فهو قذف لأنه ذكر ما يعبر به عن جميع البدن بخلاف الرجل واليد وبأي لغة رماها بالزنا فهو قاذف لأن ما يلحقها من العار والشنار بالنسبة إلى الزنا لا يختلف بين العربية والفارسية وإذا قال وجدت رجلا معها يجامعها لم يكن قاذفا لأن الجماع قد يكون حلالا وشبهة وبدون التصريح بالزنا لا يكون القذف موجبا كما في حق الأجانب ما لم يصرح بالزنا لا يكون موجبا للحد

(قال) (رجل قال لامرأته يا زانية فقالت بل أنت فإنها تحد له ويدرأ اللعان) لأن معنى كلامها لا بل أنت الزاني وقذفها إياه موجب للحد وفي البداية به إسقاط اللعان لأنها تصير محدودة في قذف وقد بينا أنه متى كان في البداية بأحد الحدين إسقاط الآخر يبدأ به وذكر في الأصل أنه لو قال لامرأته يا زاني فعليه اللعان لأنه قاذف لها وإن أسقط الهاء من كلامه لأن الإسقاط للترخيم عادة العرب بخلاف ما لو قال لرجل يا زانية لم يكن عليه حد في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – وهي مسألة الحدود وقذف الأصم امرأته يوجب اللعان لأن التصريح بالنسبة إلى الزنا يتحقق من الأصم بخلاف الأخرس ولو قذف رجل امرأة رجل فقال الزوج صدقت لم يكن عليه حد ولا لعان لأنه ليس بتصريح بالنسبة لها إلى الزنا فمن الجائز أن مراده صدقت هي امرأته وهذا اللفظ لا يكون قذفا في حق الأجانب فكذلك في حق الزوجة

(قال) (وإن قال يا زانية فقالت زنيت بك في القياس يلاعنها) لأن كلامها ليس بإقرار بالزنا منها فإن فعل المرأة بزوجها لا يكون زنا ولكن في الاستحسان ليس بينهما حد ولا لعان لأنها بأول كلامها صارت مصدقة له حين قالت زنيت ولأن كلامها محتمل لعلها أرادت زنيت بك قبل النكاح ولعلها أرادت بعد النكاح

فلاحتمال الوجه الأول يسقط اللعان ولاحتمال الوجه الثاني لا تكون هي قاذفة له فلا يلزمها الحد وإن قال يا زانية فقالت أنت أزنى مني فعليه اللعان لأن كلامها ليس بقذف له فإن معناه أنت أقدر على الزنا مني ولهذا لو قذف الأجنبي

بهذا اللفظ لا يلزمه الحد وكذلك لو قال الزوج أنت أزنى من فلانة أو أنت أزني الناس فلا حد ولا لعان لأن معنى كلامه أنت أقدر على الزنا أو أكثر شبقا فلا يتحقق نسبتها إلى الزنا بهذا اللفظ

وإذا قذفها أو نفى نسب ولدها فصدقته لم يكن بينهما حد ولا لعان لأنها بتصديق الزوج فيما نسبها إليه من الزنا تخرج من أن تكون محصنة والولد ولده لأن النسب يثبت منه بالفراش فلا ينتفي إلا باللعان وقد تعذر اللعان بينهما

فإن قذف امرأة رجل فقال الرجل صدقت هي كما قلت كان قاذفا لها لأنه صرح بآخر كلامه أن مراده من التصديق أول الكلام ومعناه هي زانية كما قلت بخلاف ما لو قال مطلقا صدقت

ولو قال لامرأته يا زانية بنت الزانية فقد صار قاذفا لها ولأمها وقذفه أمها موجب للحد وقذفه إياها موجب للعان فإذ رفعته هي وأمها بديء بالحد لما في البداية به من إسقاط اللعان وكذلك إن كانت الأم ميتة فللبنت أن تخاصم في إقامة الحد لأن العار يلحقها بزنا أمها فإذا خاصمت في ذلك حد لها ودرئ اللعان

وإن قال زنيت مستكرهة أو زنى بك صبي لم يكن قاذفا لها لأن المستكرهة لا تكون زانية شرعا فإن الفعل ينعدم منها وهو التمكين في الإكراه ولهذا لا يلزمها الحد وكذلك فعل الصبي لا يكون زنا شرعا وهي بالتمكين من غير الزنا لا تكون زانية فلا يكون قاذفا لها ولو قذفها ثم وطئت وطئا حراما سقط اللعان لأنها خرجت من أن تكون محصنة والعارض في الحدود قبل الإقامة كالمقترن بأصل السبب

(قال) (وإذا ولدت المرأة ولدا ثم نفى الولد بعد سنة لاعنها ولم ينتف الولد) إنما استحسن إذا نفاه حين يولد أو بعد ذلك بيوم أو يومين أو نحو ذلك أن ينتفي باللعان فهذا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - ولم يكن وقت فيه وقتا

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - الوقت فيه أيام النفاس أربعون يوما وجه قولهما :

إن مدة النفاس كحالة الولادة بدليل أنها لا تصوم فيه ولا تصلي

وأبو حنيفة - رحمه الله تعالى - يقول إذا لم يكن الولد منه لا يحل له أن يسكت عن نفيه بعد الولادة فيكون سكوته عن النفي دليل القبول وكذلك يهنى بالولد عند الولادة فقبوله بالتهنئة إقرار منه أن الولد منه وكذلك يشتري ما يحتاج إليه لإصلاح الولد عادة وبعد وجود دليل القبول ليس له أن ينفيه وكان القياس أن لا يصح نفيه إلا على فور الولادة وبه أخذ الشافعي ولكنه استحسن أبو حنيفة - رحمه الله - فقال له أن ينفيه بعد ذلك بيوم أو يومين لأنه يحتاج إلى أن يروي النظر لئلا يكون مجازفا في النفي قال صلى الله عليه و سلم : (من نفى نسب ولده وهو ينظر إليه فهو ملعون) ولا يمكنه أن يروي النظر إلا بمدة فجعلنا له من المدة يوما أو يومين وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة سبعة أيام في هذه المدة يستعد للعقيقة وإنما تكون العقيقة بعد سبعة أيام ولكن هذا ضعيف فإن نصب المقدار بالرأي لا يكون

(قال) (ولو كان الزوج غائبا حين ولدته فحضر بعد مدة يجعل في حقه في حكم النفي كأنها ولدته الآن) إلا أنه روي عن أبي يوسف - رحمه الله تعالى - قال : إن حضر قبل الفصال فله أن ينفيه إلى أربعين ليلة ولو حضر بعد الفصال فليس له أن ينفيه لأنه يقضى بنفقته عليه في ماله الذي خلفه ولو كان له أن ينفيه بعد الفصال لكان له أن ينفيه بعد ما صار شيخا وهذا قبيح

هذا كله إن لم يقبل التهنئة فأما إذا هنئ فسكت فليس له أن ينفيه بعد ذلك لأن سكوته عند التهنئة بمنزلة قبوله التهنئة وذلك بمنزلة الإقرار بنسبه إلا أنه روي عن محمد – رحمه الله تعالى – أنه إذا هنئ بولد الأمة فسكت لم يكن قبولا بخلاف ولد المنكوحة لأن ولد الأمة غير ثابت النسب منه فالحاجة إلى الدعوة والسكوت ليس بدعوة فأما نسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يكون مسقطا حقه في النفي

(قال) (وإذا لاعن بولد ولزم أمه ثم مات الولد عن مال فادعاه الأب لم يصدق على النسب والميراث) لأن الولد بالموت قد استغنى عن النسب فكان هذا منه دعوى الميراث وهو مناقض في دعواه لكن يضرب الحد لأنه أكذب نفسه وأقر أنه كان قاذفا لها في كلمات اللعان

فإن كان الولد ابنا له فمات وترك ولدا ذكرا أو أنثى ثبت نسبه من المدعي وورث الأب منه لأن الولد الباقي محتاج إلى النسب فبقاؤه كبقاء الولد الأول

فأما إذا كان ولد الملاعنة بنتا فماتت عن ولد ثم أكذب الملاعن نفسه فكذا الجواب عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى

وعندهما لا يثبت النسب هنا لأن نسب الولد القائم من جانب أبيه لا من جانب أمه قال القائل :

وإنما أمهات الناس أوعية ... مستودعات وللأنساب آباء

ألا ترى أن أولاد الخلفاء من الإماء يصلحون للخلافة وهذا وما لو ماتت لا عن ولد سواء ولكن أبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول الولد يتعير بانتفاء نسب أمه كما يتعير بانتفاء نسب أبيه فكان هذا الولد محتاجا إلى إثبات نسب أمه ليصير كريم الطرفين فيكون بقاؤه كبقائها كما لو كان ولد الملاعنة ذكرا وإذا ثبت النسب فالميراث ينبني عليه حكما

(قال) (ولو ولدت امرأة الرجل فقال الزوج لم تلده فلا حد عليه ولا لعان) لأنه أنكر ولادتها وذلك لا يتضمن نسبتها إلى الزنا ولو شهدت امرأة على الولادة ثبت نسبه منها لقيام الفراش بينهما فإذا نفاه بعد ذلك لاعنها وإن قال ليس هذا مني ولا منك لم يكن بهذا قاذفا لها لأنه ينكر ولادتها هذا الولد بهذا اللفظ

(قال) وإذا قذف امرأته ثم ارتدت ثم أسلمت ثم تزوجها لم يكن لها أن تأخذه بذلك القذف لأنها بالردة خرجت من أن تكون محصنة ولأنها بانت منه بالردة ولو بانت بسبب آخر لم يكن عليه حد ولا لعان فإذا بانت بالردة أولى

(قال) وإذا لاعن الرجل امرأته بغير ولد ثم قذفها هو أو غيره فعليه الحد لأنها بقيت محصنة بعد اللعان والتفريق فإن اللعان بينهما باعتبار كونها محصنة فلا تخرج به من أن تكون محصنة

(قال) وإن لاعنها بولد ثم قذفها هو أو غيره فلا حد عليه ولا لعان لأنها في صورة الزانيات فإن في حجرها ولدا لا يعرف له والد فلا تكون محصنة فإن ادعى الزوج الولد فجلد الحد وألزم الولد ثم قذفها قاذف فعليه الحد لأنها خرجت من أن تكون في صورة الزانيات حيث ثبت نسب ولدها من الزوج ولا حد على من كان قذفها قبل ذلك لأن حال وجود السبب في الحدود معتبر لا محالة وقد كان عند القذف في صورة الزانيات

(قال) ولو ادعى الولد ثم مات قبل أن يحد ثبت نسب الولد منه بالدعوى وضرب من قذف المرأة بعده الحد وكذلك لو أقامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو ينكر ثبت نسبه منه وضرب الحد لأن الثابت بالبينة على الزوج أنه ادعاه كالثابت بالإقرار ومن قذفها بعد ذلك ضرب الحد لأنها خرجت من أن تكون في صورة الزانيات

(قال) وإذا قذف الرجل امرأته فرافعته فأقامت شاهدين أنه أكذب نفسه حد لأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم أو بالمعاينة

(قال) وإذا رجع الملاعنان إلى حال لا يتلاعنان فيه أبدا فإن كان بعد التفريق حل له أن يتزوجها في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - وإن كان قبل التفريق لم يفرق بينهما وعند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - **لا يجتمعان** أبدا وقد بينا هذه المسألة

وحاصل مذهب أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - أن التفريق بينهما والحرمة للتحرز عن تكرار اللعان وقد زال ذلك المعنى حين صار إلى حال لا يتلاعنان فيه أبدا

(قال) وإذا أسلمت امرأة الذمي فقذفها ثم أسلم فعليه الحد لأنها كانت محصنة حين قذفها فكان اللعان ممتنعا باعتبار حال الزوج فإنه كافر فلزمه الحد ثم لا يسقط ذلك بعد إسلامه وكذلك العبد يعتق بعد ما قذف امرأته

(قال) ولو وقذف الحر امرأته الذمية أو الأمة ثم أسلمت أو أعتقت لم يكن عليه حد ولا لعان لأن امتناع جريان اللعان بمعنى من جهتها عند القذف فلا يجري اللعان وإن ارتفع المعنى بعد ذلك

وإذا أعتقت المرأة الأمة ثم قذفها الزوج فعليه اللعان لبقاء النكاح بينهما عندنا بعد ما عتقت فإن اختارت نفسها بطل اللعان لوقوع الفرقة بينهما باختيارها نفسها ولا مهر عليه إن لم يكن دخل بها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وإن لم تكن اختارت حتى يلاعنها ويفرق بينهما فعليه نصف المهر لأن الفرقة محال بها على جانب الزوج هنا ولهذا قال أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - اللعان تطليقة بائنة وكذلك لو كان دخل بها ثم فرق بينهما باللعان فلها النفقة والسكنى في العدة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ." (١)

" ذكر عن عائشة - رضي الله عنها - عن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : (من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر) وكذلك روي عن عمر وعبدالله بن مسعود - رضي الله عنهما - وفي هذا دليل على أن من ملك قريبه يعتق عليه لأن قوله فهو حر جزاء لقوله من ملك مع القرابة فإنما يتناول حرية المملوك دون المالك وفي بعض الروايات قال : (عتق عليه) وفيه دليل أن سبب العتق الملك مع القرابة فإن مثل هذا في لسان صاحب الشرع بمعنى بيان السبب كما قال : (من بدل دينه فاقتلوه) وقال تعالى : ﴿ فمن شهد منكم الشهر فليصمه ﴾ (البقرة : ١٨٥)

ولهذا قال عامة العلماء : إذا ملك أباه أو أمه أو ابنه يعتق عليه

وقال أصحاب الظواهر يلزمه أن يعتقه ولكن لا يعتق قبل إعتاقه . لظاهر قوله عليه الصلاة و السلام (لن يجزي ولد عن والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه) ففيه تنصيص على أنه مستحق عليه إعتاقه ولو عتق بنفس الشراء لم يكن

---

(١) المبسوط، ٥١/٥

لقوله (فيعتقه) معنى ولأن القرابة لا تمنع ثبوت الملك ابتداء فلا تمنع البقاء بطريق الأولى ألا ترى أنها لما منعت بقاء ملك النكاح منعت ثبوته ابتداء

(وحجتنا) في ذلك قوله تعالى : ﴿ وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا إن كل من في السموات والأرض إلا آتي الرحمن عبدا ﴾ فقد نفى البنوة بينه وبين الخلق بإثبات العبودية فذلك تنصيص على المنافاة بينهما والمتنافيان **لا يجتمعان** فإذا كانت البنوة متقررة انتفت العبودية ومراده عليه الصلاة و السلام من قوله (فيعتقه) بذلك الشراء لا بسبب آخر كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه وضرب فأوجع وكتبه فقرمط وإنما اثبتنا له الملك ابتداء لأن انتفاء العبودية لا يتحقق إلا به فإذا لم يملكه لا يعتق بخلاف ملك النكاح لأنه لا فائدة في اثبات ملك النكاح له على ابنته ثم إزالته لأنها تعود إلى ما كانت عليه ولأن هذا العتق صلة ومجازاة فلا يتحقق إلا بعد الملك فأما انتفاء النكاح بحرمة المحل وهو موجود قبل العقد ولأن ملك النكاح ليس إلا بملك الحل فيختص بمحل الحل والأم والإبنة محرمة عليه بالنص ولا تصور للملك بدون المحل فأما هذا ملك مال وذلك ثابت في المحل فيثبت له نسبه أيضا إذ ليس من ضرورة إثباته الاستدامة

وبهذا الحديث أيضا قال علماؤنا – رحمهم الله تعالى – إذا ملك أخاه أو أخته أو أحدا من ذوي الرحم المحرم منه أنه يعتق عليه وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – لا يعتق إلا الوالدين والمولودين لأنه ليس بينهما بعضية فلا يعتق أحدهما على صاحبه كبني الأعمام بخلاف الآباء والأولاد فالعتق هناك للبعضية والجزئية ولأن القرابة التي بينهما في الأحكام كقرابة بني الأعمام حتى تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه ويجوز لكل واحد منهما وضع زكاة ماله في صاحبه ويجري القصاص بينهما في الطرفين ويحل لكل واحد منهما حليلة صاحبه ولا يستوجب كل واحد منهما النفقة على صاحبه مع اختلاف الدين ولا يتكاتب أحدهما على صاحبه بخلاف الوالدين والمولودين

وهذا بخلاف المناكحة لأن ثبوتها باسم الأختية والبنتية لا بمعنى القرابة ألا ترى أنها تثبت بالرضاع ولا تثبت بالقرابة بها ولهذا لا يعتبر في الحرمة معنى قرب القرابة وبعدها

(وحجتنا) في ذلك ما روي عن ابن عباس – رضي الله عنه – (أن رجلا جاء إلى النبي – صلى الله عليه و سلم – وقال : إني وجدت أخي يباع في السوق فاشتريته وأنا أريد أن أعتقه فقال عليه الصلاة و السلام : قد أعتقه الله) والمعنى فيه أن القرابة المتأيدة بالمحرمية علة العتق مع الملك كما في الآباء والأولاد وهذا لأن لهذا العتق بطريق الصلة والقرابة المتأيدة بالمحرمية تأثيرا في استحقاق الصلة لأنه يفترض وصلها ويحرم قطعها ألا ترى أن الله تعالى جعل قطيعة الرحم من الملاعن لقوله تعالى : ﴿ وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم الله ﴾ (محمد : ٢٢) . وقال عليه الصلاة و السلام ثلاث معلقات بالعرش منها الرحم يقول : (قطعت ولم أوصل) والدليل عليه أن حرمة المناكحة تثبت بهذه القرابة بمعنى الصيانة عن ذل والاستفراش والاستخدام قهرا فملك اليمين أبلغ في الاستذلال من الاستفراش وكذلك يحرم الجمع بين الأختين نكاحا صيانة للقرابة عن القطيعة بسبب المنافرة التي تكون بين الضرائر ومعنى قطيعة الرحم في استدامة ملك اليمين أكثر ولا شك أن للملك تأثيرا في استحقاق الصلة فيثبت بهذا التقرير أن علة العتق هذان الوصفان وبعد هذا لا يضر انتفاء الجزئية بينهما لما

ثبت أن علة العتق هذا دون الجزئية لأن التعدية بمعنى واحد قد ظهر أثره مستقيم ولأن هذه القرابة في معنى القرابة بين الجد والنافلة أيضا لأن اتصال أحد الأخوين بالآخر بواسطة الأب كما أن اتصال النافلة بالجد بواسطة الأب

ولهذا ظهر الاختلاف بين الصحابة – رضي الله عنهم – في الجد مع الأخوة في الميراث وشبه بعضهم الجد مع النافلة بشجرة انشعب منها غصن ومن ذلك الغصن غصن والأخوين بغصنين من شجرة واحدة

وشبه بعضهم الجد مع النافلة بواد تشعب منه نهر ومن النهر جدول والأخوين بنهرين تشعبا من واد فيكون معنى القرب بينهما أظهر لأن تفرقهما بشعب واحد والأول بشعبين فعرفنا أن القرابة التي بينهما بمنزلة قرابة الجد مع النافلة وذلك موجب للعتق مع الملك إلا أن في حكم الولاية لم يجعل الأخ كالجد لأن المعتبر فيه الشفقة مع القرابة وشفقة الأخ ليست كشفقة الجد وفي حكم الإرث كذلك عند أبي حنيفة – رحمه الله عنه – لأن ذلك نوع ولاية فإنه خلافة في الملك والتصرف وبه فارق بني الأعمام فالواسطات هناك قد كثرت من كل جانب فكانت القرابة بعيدة بينهما ولهذا لا يثبت بها حرمة النكاح ولا حرمة الجمع بينهما في النكاح

فأما المكاتب فلا ملك له على الحقيقة وهذه القرابة مع الملك علة والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحد الوصفين

إلا أن المكاتب إذا ملك أباه يمتنع عليه بيعه وإذا ملك أخاه لا يمتنع عليه بيعه عند أبي حنيفة – رحمه الله عنه – لأن المكاتب له كسب وليس له ملك حقيقة وحق الآباء والأولاد يثبت في الكسب حتى يجب عليه نفقة أبيه إذا كان مكتسبا وإن لم يكن موسرا فأما حق الأخ لا يثبت في الكسب حتى لا يجب عليه نفقة أخيه الزمن إذا كان هو معسرا وإن كان مكتسبا وكذلك إن كان المالك صغيرا فإنه يعتق عليه لتمام علة العتق وهو الملك مع القرابة فإن الصغير يملك حقيقة ألا ترى أنه يثبت له صفة الغناء بملكه حتى يحرم عليه أخذ الصدقة بخلاف المكاتب

وكذلك إن كان المالك كافرا والمملوك مسلما أو على عكس ذلك لأن الملك مع القرابة يتحقق مع اختلاف الدين وبهما تمام علة العتق بخلاف استحقاق النفقة فإن الشرع أوجب ذلك بصفة الوراثة فقال تعالى : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ معناه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم وبسبب اختلاف الدين ينعدم صفة الوراثة فلهذا لا يستحق النفقة بخلاف الآباء والأولاد فالاستحقاق هناك بالولاد قال تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ وبسبب اختلاف الدين لا ينعدم الولاد فهذا بيان معنى الفرق بين هذه الفصول فإن ملكه الرجل مع آخر عتق نصيبه منه وسعي العبد للشريك في نصيبه ولا ضمان على الذي عتق من قبله في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى

وقال أبو يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – يضمن لشريكه قيمة نصيبه إن كان موسرا ويسعى العبد لشريكه إن كان معسرا وكذلك لو ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية فهو على هذا الخلاف

وجه قولهما أن القريب بالشراء صار معتقا لنصيبه لأن شراء القريب إعتاق ولهذا تتأدى به الكفارة والمعتق ضامن لنصيب شريكه إذا كان موسرا كما لو كان العبد بين شريكين فاشترى قريب العبد نصيب أحد الشريكين منه يضمن لشريكه الذي لم يبع إن كان موسرا

وجه قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – ما قال في الكتاب لأن شراء الشريك معه رضا منه بالذي يكون به العتق ومعنى هذا الكلام : أن ضمان العتق يجب بالإتلاف والإفساد والرضا بالسبب يمنع وجوب مثل هذا الضمان كما لو أتلف مال الغير بإذنه وفي إثبات الرضا هنا نوعان من الكلام :

أحدهما : أنه لما ساعد شريكه على القبول مع علمه أن قبول شريكه موجب للعتق فقد صار راضيا بعتقه على شريكه فهو كما لو استأذن أحد الشريكين من صاحبه في أن يعتق نصيبه فأذن له في ذلك

والثاني : أن المشتريين صارا كشخص واحد لاتحاد الإيجاب من البائع ولهذا لو قبل أحدهما دون الآخر لم يصح قبوله ولم يملك نصيبه به ولا شك أن كل واحد منهما راض بالتمليك في نصيبه فيكون راضيا بالتمليك في نصيب صاحبه أيضا لما ساعده على القبول بل يصير مشاركا له في السبب بهذا الطريق والمشاركة في السبب فوق الرضا به إلا أن بهذا السبب تتم علة العتق في حق القريب وهو الملك ولا تتم علة العتق في حق الأجنبي فكان القريب معتقا دون الأجنبي ولكن بمعاونة الأجنبي يسقط حقه في تضمينه لما عاونه على السبب

وفي هذا يتضح الكلام لأبي حنيفة في الشراء فيما إذا كان العبد كله لرجل فباع نصفه من قريبه فإن الخلاف ثابت فيه ولا شك أن إيجاب البائع رضا منه بقبول المشتري وما ينبني على قبول المشتري يحال به على إيجاب البائع كما لو باع الأمة المنكوحة من زوجها قبل الدخول سقط جميع المهر لأن قبول أحدهما في نصيبه صحيح بدون قبول الآخر ولكن أبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول : هما كشخص واحد . أيضا إلا أن في الهبة والصدقة والوصية قبول الشخص الواحد في النصف دون النصف صحيح

وهذا بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من قريبه لأن هناك لم يوجد من الشريك الآخر ما يكون رضا منه أو معاونة على السبب وبخلاف ما لو قال أحد الشريكين لشريكه إن ضربته اليوم سوطا فهو حر فضربه سوطا فإن الحالف يضمن للضارب إن كان موسرا ومن أصحابنا من قال موضوع تلك المسألة أن الشريك قال أيضا إن لم أضربه اليوم سوطا فهو حر فإقدامه على الضرب بعد هذا يكون لدفع العتق عن نصيبه فلا يصير به راضيا بعتق نصيب الشريك على أن هناك إنما يعتق نصيب الشريك بقوله هو حر وذلك تم بالحالف من غير رضا كان من الضارب فأما الضرب شرط للعتق والرضا بالشرط لا يكون رضا بأصل السبب بخلاف ما نحن فيه فإنه إنما رضي بالسبب حين شاركه فيه وهذا بخلاف حكم الفرار فإن الرضا بالشرط من المرأة كالرضا بالسبب في إسقاط حقها عن الميراث لأنه لا ملك لها قبل موت الزوج في ماله وإنما يثبت حكم الفرار دفعا لقصد الزوج الإضرار بها وذلك ينعدم بالرضا بالشرط كما ينعدم بالرضا من السبب بخلاف ما نحن فيه

ولم يفصل في ظاهر الرواية بين أن يكون الشريك عالما بأن المشتري معه قريب العبد أو لا يكون عالما وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة – رحمهما الله – لأن سبب الرضا يتحقق وإن لم يكن عالما به فهو كمن قال لغيره : كل هذا الطعام وهو لا يعلم أنه طعامه فأكله المخاطب فليس للآذن أن يضمنه شيئا

وكذلك لو قال لشريكه أعتق هذا العبد وهو لا يعلم أنه مشترك بينهما

وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة – رحمهما الله تعالى – أن رضاه إنما يتحقق إذا كان عالما فأما إذا كان لا يعلم بذلك فله أن يرد نصيبه بالعيب لأنه لا يتم رضاه وقبوله حين لم يكن عالما بأن شريكه معتق وبدون تمام القبول لا يعتق نصيب الشريك فكان هذا بمنزلة العيب في نصيبه فإن لم يكن عالما به كان له أن يرده واستشهد في الكتاب بقول أبي حنيفة – رحمه الله – بما لو أعتق أحد الشريكين بإذن شريكه

وقد روي عن أبي يوسف – رحمه الله – أنه قال في هذا الفصل : لا يسقط حق الشريك في التضمين بالإذن وهذا صحيح على أصله لأن ضمان العتق عنده ضمان التملك فإن العتق لا يتجزأ على قوله : وضمان التملك لا يسقط بالإذن كما لو استولد أحد الشريكين الجارية بإذن شريكه وجه ظاهر الرواية أن هذا الضمان سببه الإفساد والإتلاف فسقط بالإذن كضمان الإتلاف الحقيقي بل أولى لأن هذا الضمان يسقط بالإعسار وبخلاف ضمان الإتلاف الحقيقي فأما إذا ورث مع قريبه غيره عتق نصيبه ولا ضمان عليه لشريكه لأن الميراث يدخل في ملكه بغير قبوله والضمان لا يجب إلا باعتبار الصنع من جهته ولهذا لو ورث قريبه لم يجز عن كفارته

وهذا بخلاف ما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ورثها مع غيره لأن هناك المستولد يصير متملكا نصيب شريكه وضمان التملك لا يعتمد الصنع ولهذا لا يختلف باليسار والإعسار هناك ولو ملك محرما له برضاع أو مصاهرة لم يعتق عليه لأنه لا قرابة بينهما والعتق صلة تستحق بالقرابة والرضاع إنما جعل كالنسب في الحرمة خاصة ولهذا لا يتعلق به استحقاق الميراث والنفقة وليس من ضرورة ثبوت الحرمة العتق عليه إذا ملكه كالوثنية والمجوسية وكذلك إن ملك ذا رحم ليس بمحرم لأن مثل هذه القرابة لا يفترض وصلها ولهذا لا يتعلق بها حرمة المناكحة وحرمة الجمع في النكاح ولو ملك أحد الزوجين صاحبه لم يعتق عليه لأنه ليس بينهما قرابة ولأن ما بينهما من الزوجية يرتفع بالملك وإذا اشترى أمة وهي حبلى من أبيه عتق ما في بطنها لأنه ملك أخاه وليس له أن يبيع الأمة حتى تضع لأن في بطنها ولدا حرا كما لو أعتق ما في بطن أمته وهذا لأن الولد يصير مستثنى بالعتق ولو استثناه شرطا في البيع بطل البيع فكذلك إذا صار مستثنى بالعتق وله أن يبيعها بعد الوضع لأن الأمة ما صارت أم ولد للإبن فان المستولد أبوه ولا يصير الأب متملكا لها على الابن لأنها ما كانت مملوكة للابن حين علقت من الأب فلهذا كان له أن يبيعها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ." (١)

" (قال) رضي الله تعالى عنه (بلغنا عن عمر – رضي الله عنه – أنه قال لمولى له أرقا وفي رواية برقا إني أحلف على قوم أن لا أعطيهم ثم يبدو لي فأعطيهم فإذا أنا فعلت ذلك فأطعم عني عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاعا من تمر) وفي هذا دليل أنه لا بأس للإنسان أن يحلف مختارا بخلاف ما يقوله المتشفعة أن ذلك مكروه بظاهر قوله : ﴿ ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم ﴾ (البقرة : ٢٢٤) ولكنا نقول قد حلف رسول الله – صلى الله عليه و سلم – غير مرة من غير ضرورة كانت له في ذلك وتأويل تلك الآية أنه يجازف في الحلف من غير مراعاة البر والحنث وفيه دليل على أن الحالف إذا رأى الحنث خيرا يجوز له أن يحنث نفسه وقد روينا فيه حديث عبدالرحمن بن سمرة وفي حديث أبي مالك الأشعري – رحمه الله تعالى – قال أتيت رسول الله – صلى الله عليه و سلم – في نفر من الأشعريين نستحمله

---

(١) المبسوط، ٥٧/٥

فحلف أن لا يحملنا ثم رجع قوم من عنده بخمس ذود وقالوا حملنا عليها فقلت لعله نسي يمينه فأتيته فأخبرته بذلك فقال إني أحلف ثم أرى غيره خيرا منه فأتحلل يميني وفيه دليل أن أوان التكفير ما بعد الحنث كما هو مذهبنا وأن ما روى فليكفر يمينه وليأت الذي هو خير محمول على التقديم والتأخير وكذلك قوله ثم يأت بالذي هو خير لأن ثم قد تكون بمعنى الواو وقال الله تعالى : ﴿ ثم كان من الذين آمنوا ﴾ (البلد : ١٧) أي وكان ﴿ ثم الله شهيد ﴾ أي والله شهيد وفيه دليل أن التوكيل بالتكفير جائز بخلاف ما يقوله بعض الناس أنه لا توكيل في العبادة أصلا لظاهر قوله تعالى ﴿ وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ﴾ (النجم : ٣٩)

ولكنا نقول المقصود فيما هو مالي الابتداء بإخراج جزء من المال عن ملكه وذلك يتحقق بالنائب وفيه دليل أن الوظيفة لكل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاع من تمر أو صاع من شعير وهكذا روى عن عائشة وابن عباس - رضي الله عنهم - وذكر بعده عن علي - رضي الله عنه - نصف صاع من حنطة وقد بينا هذه المسألة في كتاب الظهار وكفارة اليمين مثله وقد بينا أن دقيق الحنطة وسويقها بمنزلة الحنطة لأن ما هو المقصود يحصل للفقير بهما مع سقوط مؤنة الطحن عنه

وقد بينا أن طعام الإباحة تتأدى به الكفارة عندنا والمعتبر فيه أكلتان مشبعتان سواء كان خبز البر مع الطعام أو بغير إدام وإن أعطى قيمة الطعام يجوز فكذلك في كفارة اليمين وكذلك إن غداهم وأعطاهم قيمة العشاء اعتبارا للبعض بالكل وهذا لأن المقصود واحد وقد أتى من كل وظيفة بنصفه وإن غداهم وعشاهم وفيهم صبي فطم أو فوق ذلك شيئا لم يجز لأنه لا يستوفي كمال الوظيفة كما يستوفيه البالغ

وعليه طعام مسكين واحد مكانه

فإن أعطى عشرة مساكين كل مسكين مدا من حنطة فعليه أن يعيد عليهم مدا مدا وإن لم يقدر عليهم استقبل الطعام لأن الواجب لا يتأى إلا بإيصال وظيفة كاملة إلى كل مسكين وذلك نصف صاع من حنطة

وذكر هشام عن محمد - رحمهما الله - أنه لو أوصى بأن يطعم عنه عشرة مساكين في كفارة يمينه فغدى الوصي عشرة مساكين ثم ماتوا قبل أن يعشيهم فعليه الاستقبال لأن الوظيفة في طعام الإباحة الغداء والعشاء فلا يتأدي الواجب إلا باتصال وظيفة كاملة إلى كل مسكين ولا يكون الوصي ضامنا لما أطعم لأنه فيما صنع كان ممتثلا لأمره وكان بقاؤهم إلى أن يعشيهم ليس في وسعه

ولو كان أوصى بأن يطعم عنه عشرة مساكين غداء وعشاء ولم يذكر الكفارة فغدي الوصى عشرة فماتوا فإنه يعشي عشرة أخرى ويكفي ذلك لأن الموصى به أكلتان فقط دون إسقاط الكفارة بهما وقد وجد بخلاف الأول

ثم قد بينا في باب الظهار أن المسكين الواحد في الأيام المتفرقة كالمساكين عندنا وعند تفريق الدفعات في يوم واحد فيه اختلاف بين المشايخ فكذلك في اليمين

وبينا هناك أن إطعام فقراء أهل الذمة في الكفارة يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - خلافا لأبي يوسف والشافعي - رحمهما الله تعالى

وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة – رحمهما الله تعالى – الفرق بين المنذور والكفارة فقال إذا نذر إطعام عشرة مساكين فله أن يطعم فقراء أهل الذمة إنما ليس له أن يطعم في الكفارة فقراء أهل الذمة اعتبارا لما أوجب الله عليه من الكفارة بالزكاة وقد بينا أنه يجوز صرف الكفارة إلى من يجوز صرف الزكاة إليه

ولو أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة مساكين أجزأه ذلك من الطعام إن كان الطعام أرخص من الكسوة وإن كانت الكسوة أرخص من الطعام لم يجزئ ما لا يجزئ كل واحد منهما عن نفسه لأن المنصوص عليه ثلاثة أنواع فلو جوزنا إطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة مساكين كان نوعا رابعا فيكون زيادة على المنصوص وهذا بخلاف ما إذا أدى إلى كل مسكين مدا من حنطة ونصف صاع من شعير لأن المقصود واحد وهو سد الجوعة فلا يصير نوعا رابعا فأما المقصود من الكسوة غير المقصود من الطعام ألا يرى أن الإباحة تجزي في أحدهما دون الآخر ولو جوزنا النصف من كل واحد منهما كان نوعا رابعا ثم مراده من هذه المسألة إذا أطعم خمسة مساكين بطريق الإباحة والتمكين دون التمليك فإن التمليك فوق التمكين

وإذا كان الطعام أرخص من الكسوة أمكن إكمال التمكين بالتمليك فتجوز الكسوة مكان الطعام وإن كانت الكسوة أرخص لا يمكن إقامة الطعام مقام الكسوة لأن التمكين دون التمليك وفي الكسوة التمليك معتبر فلا يمكن إقامة الكسوة مقام الطعام لأنه ليس فيهما وفاء بقيمة الطعام

فأما إذا ملك الطعام خمسة مساكين وكسا خمسة مساكين فإنه يجوز على اعتبار أنه إن كان الطعام أرخص تقام الكسوة مقام الطعام وإن كانت الكسوة أرخص يقام الطعام مقام الكسوة لوجود التمليك فيها إليه أشار في باب الكسوة بعد هذا

ولو أطعم خمسة مساكين ثم افتقر كان عليه أن يستقبل الصيام لأن إكمال الأصل بالبدل غير ممكن فإنهما **لا يجتمعان** وليس له أن يسترد من المساكين الخمسة ما أعطاهم لأنها صدقة قد تمت بالوصول إلى يد المساكين ومن كانت له دار يسكنها أو ثوب يلبسه ولا يجد شيئا سوى ذلك أجزأه الصوم في الكفارة لأن المسكن والثياب من أصول حوائجه وما لا بد منه فلا يصير به واجدا لما يكفر به بخلاف ما لو كان له عبد يخدمه فإن ذلك ليس من أصول الحوائج

ألا ترى أن كثيرا من الناس يتعيش من غير خادم له ولأن الرقبة منصوص عليها فمع وجود المنصوص عليه في ملكه لا يجزيه الصوم

وفي الكتاب علل فقال لأن الصدقة تحل له وهذا يؤيد مذهب أبي يوسف – رحمه الله – الذي ذكره في الأمالي أنه إذا كان الفاضل من حاجته دون ما يساوي مائتين يجوز له التكفير بالصوم لأن الصدقة تحل له فلا يكون موسرا ولا غنيا

فأما ظاهر المذهب أنه إذا كان يملك فضلا عن حاجته مقدار ما يكفر به لا يجوز له التكفير بالصوم لأن المنصوص عليه الوجود دون الغنى واليسار قال الله تعالى : ﴿ فمن لم يجد ﴾ وهذا واجد

وقد بينا في كتاب الإعتاق أن المعتبر في وجوب الضمان ملكه مقدار ما يؤدي به الضمان وإن كان اليسار منصوصا عليه هناك فهنا أولى وبينا في الظهار أنه لو أعطى كل مسكين صاعا عن ظهارين لا يجزيه إلا عن أحدهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف – رحمهما الله تعالى – بخلاف ما إذا اختلف جنس الكفارة فكذلك في كفارة اليمين

وإن أعطى عشرة مساكين ثوبا عن كفارة يمين لم يجزه عن الكسوة لأن الواجب عليه لكل مسكين كسوته وهو ما يصير به مكتسبا وبعشر الثوب لا يكون مكتسيا ويجزئ من الطعام إذا كان الثوب يساويه

وقال أبو يوسف – رحمه الله تعالى – لا يجزيه إلا بالنية لأنه يجعل الكسوة بدلا عن الطعام وهو إنما نواه بدلا عن نفسه فلا يمكن جعله بدلا عن غيره إلا بنية وجه ظاهر الرواية أنه ناو للتكفير به وذلك يكفيه كما لو أدى الدراهم بنية الكفارة يجزيه

وإن لم ينو أن يكون بدلا عن الطعام إلا أن أبا يوسف يقول الدراهم ليست بأصل فأداؤها بنية الكفارة يكون قصدا إلى البدل فأما الكسوة أصل فأداؤها بنية الكفارة لا يكون قصدا إلى جعلها بدلا عن الطعام

ولكنا نقول : عشر الثوب ليس بأصل في الكسوة لكل مسكين فهو وأداء الدراهم سواء

مسلم حلف على يمين ثم ارتد ثم أسلم فحنث فيها لم يلزمه شيء لأنه بالردة التحق بالكافر الأصلى ولهذا حبط عمله قال الله تعالى : ﴿ ومن يكفر بالإيمان فقط حبط عمله ﴾ (المائدة : ٥) وكما أن الكفر الأصلي ينافي الأهلية لليمين الموجبة للكفارة فكذلك الردة تنافي بقاء اليمين الموجبة للكفارة

وإذا جعل الرجل لله على نفسه إطعام مسكين فهو على ما نوى من عدد المساكين وكيل الطعام لأن المنوي من محتملات لفظه وهو شيء بينه وبين ربه

وإن لم يكن له نية فعليه طعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع من حنطة إعتبارا لما يوجبه على نفسه بما أوجب الله عليه من إطعام المساكين وأدنى ذلك عشرة مساكين في كفارة اليمين إلا أنه إن قال في نذره إطعام المساكين فليس له أن يصرف الكل إلى مسكين واحد جملة

وإن قال طعام المساكين فله ذلك لأن بهذا اللفظ يلتزم مقدارا من الطعام وباللفظ الأول يلتزم الفعل لأن الإطعام فعل فلا يتأدى إلا بأفعال عشرة ويعطى من الكفارة من له الدار والخادم لأنهما يزيدان في حاجته فالدار تسترم والخادم يستنفق وقد بينا أنه يجوز صرف الزكاة إلى مثله فكذلك الكفارة

وإن أوصى بأن يكفر عنه يمينه بعد موته فهو من ثلثه لأنه لا يجب أداؤه بعد الموت إلا بوصية ومحل الوصية الثلث ثم ذكر الاختلاف في مقدار الصاع وقد بيناه في صدقة الفطر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ." (١)

" (قال) الشيخ الإمام الأجل الزاهد – رحمه الله – اعلم بأن الإباق تمرد في الانطلاق وهو من سوء الأخلاق ورداءة في الأعراق يظهر العبد عن سيده فرار البصير ماله ضمار إفراده إلى مولاه وإعادته إلى مثواه إحسان وامتنان وإنما جزاء الإحسان إلا الأحسان فالكتاب لبيان الجزاء المستحق لفرار في الدنيا مع ماله من الأجر في العقبى بإغاثة اللهفات

---

(١) المبسوط، ٧٣/٦

ومنع المعتدي عن العدوان ولهذا بدأ بحديث سعيد بن المرزبان عن أبي عمرو الشيباني قال (كنت جالسا عند عبدالله بن مسعود – رضي الله عنه – فجاء رجل فقال : إن فلانا قدم بإباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجرا فقال عبدالله – رضي الله عنه – وجعلا إن شاء من كل رأس أربعين درهما) . وفي هذا الحديث بيان أن الراد مثاب لأن عبدالله بن مسعود – رضي الله عنه – لم ينكر عليهم إطلاق القول بأنه أصاب أجرا وفيه دليل على أنه يستحق الجعل على مولاه وهو استحسان أخذ به علماؤنا – رحمهم الله

وفي القياس لا جعل له وهو قول الشافعي – رضي الله عنه – لأنه تبرع عليه بعين من أعيان ماله لم يستوجب عليه عوضا بمقابلته فكذلك إذا تبرع بمنافعه ولأن رد الآبق نهي عن المنكر لأن الإباق منكر والنهي عن المنكر فرض على كل مسلم فلا يستوجب بإقامة الفرض جعلا

وليس مراد ابن مسعود – رضي الله عنه – من هذا أن حكم الثمن الواجب عليه حكم اللقطة من كل وجه وكيف يكون ذلك والثمن دين في ذمته وما تصدق به من الدراهم خالص ملكه فأما عين اللقطة فمملوكة لصاحبها والملتقط أمين فيها فعرفنا أن هذا ليس في معنى اللقطة ولا يقال لعله كان اشتراها بمال معين لأنه صح من مذهبه أن النقود لا تتعين في العقد ولو تعينت فهي مضمونة على المشتري فعرفنا أنه ليس كاللقطة من كل وجه وأنه بالتصدق ما قصد إسقاط الثمن عن نفسه بل قصد إظهار المجاملة في المعاملة واتصال ثوابها إلى صاحبها إن رضي بصنيعه وإلا فالثمن دين عليه كما كان

وليس مراد ابن مسعود – رضي الله عنه – من هذا أن حكم الثمن الواجب عليه حكم اللقطة من كل وجه وكيف يكون ذلك والثمن دين في ذمته وما تصدق به من الدراهم خالص ملكه فأما عين اللقطة فمملوكة لصاحبها والملتقط أمين فيها فعرفنا أن هذا ليس في معنى اللقطة ولا يقال لعله كان اشتراها بمال معين لأنه صح من مذهبه أن النقود لا تتعين في العقد ولو تعينت فهي مضمونة على المشتري فعرفنا أنه ليس كاللقطة من كل وجه وأنه بالتصدق ما قصد إسقاط الثمن عن نفسه بل قصد إظهار المجاملة في المعاملة واتصال ثوابها إلى صاحبها إن رضي بصنيعه وإلا فالثمن دين عليه كما كان

وعن أبي سعيد مولى أسيد قال : وجدت خمسمائة درهم بالحرة وأنا مكاتب فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب – رضي الله عنه – فقال : اعمل بها وعرفها فعملت بها حتى أديت مكاتبتي ثم أتيته فأخبرته بذلك فقال : ادفعها إلى خزان بيت المال وفي هذا دليل أن للإمام ولاية الإقراض في اللقطة والدفع مضاربة لأن قول عمر – رضي الله عنه – اعمل بها وعرفها إما أن يكون بطريق المضاربة أو الإقراض مضاربة وقد علمنا أنه لم يرد المضاربة حتى لم يتبين نصيبه من الربح فكان مراده الإقراض منه وفي هذا معنى النظر لصاحب المال لأنه يعرض للهلاك فيهلك من صاحبه قبل الإقراض وبعد الإقراض يصير دينا في ذمة المستقرض يؤمن فيه التوي بالهلاك وكذلك بالجحود لأنه متأكد بعلم القاضي ولهذا كان للقاضي ولاية الإقراض في أموال اليتامى وربما يكون معنى النظر في الدفع إليه مضاربة أو إلى غيره فذلك كله إلى القاضي لأنه نصب ناظرا وفيه دليل على أن الملتقط إذا كان محتاجا فله أن ينتفع باللقطة بعد التعريف لأن هذا المكاتب كان محتاجا إلى العمل فيها فيؤدي مكاتبته من ربحها فأذن له عمر – رضي الله عنه – في ذلك وفيه دليل أن للإمام أن يقبض اللقطة من الملتقط إن رأى المصلحة في ذلك لأنه أمره بدفعها إلى خزان بيت المال وكأنه إنما أمره بذلك لأنه كان سبيلها التصدق بها بعد التعريف فأمره بدفعها إلى من هو في يده بيت مال الصدقة ليضعها موضع الصدقة

وليس مراد ابن مسعود – رضي الله عنه – من هذا أن حكم الثمن الواجب عليه حكم اللقطة من كل وجه وكيف يكون ذلك والثمن دين في ذمته وما تصدق به من الدراهم خالص ملكه فأما عين اللقطة فمملوكة لصاحبها والملتقط أمين فيها فعرفنا أن هذا ليس في معنى اللقطة ولا يقال لعله كان اشتراها بمال معين لأنه صح من مذهبه أن النقود لا تتعين في العقد ولو تعينت فهي مضمونة على المشتري فعرفنا أنه ليس كاللقطة من كل وجه وأنه بالتصدق ما قصد إسقاط الثمن عن نفسه بل قصد إظهار المجاملة في المعاملة واتصال ثوابها إلى صاحبها إن رضي بصنيعه وإلا فالثمن دين عليه كما كان

ولكنا تركنا هذا القياس لاتفاق الصحابة – رضي الله عنهم – فقد اتفقوا على وجوب الجعل لأن ابن مسعود – رضي الله عنه – قال في مجلسه ما قال وقد اشتهر عنه ذلك لا محالة ولم ينكر عليه أحد من أقرانه وقد عرض قوله عليهم لا محالة والسكوت بعد ذلك عن إظهار الخلاف لا يحل لمن يعتقد خلافه فمن هذا الوجه يثبت الإجماع منهم ثم هم اتفقوا على أصل وجوب الجعل وإن اختلفوا في مقداره فقال عمر – رضي الله عنه – دينار أو اثنا عشر درهما

وقال علي – رضي الله عنه – دينار أو عشرة دراهم وقال عمار بن ياسر – رضي الله عنه – إذا أخذه في المصر فله عشرة دراهم أو دينار وإن أخذه في غير المصر فله أربعون درهما فقد اتفقوا على وجود أصل الجعل وكفى بإجماعهم حجة والأصل أن الصحابة – رضي الله عنهم – متى اختلفوا في شيء فالحق لا يعدوهم وليس لأحد أن يترك جميع أقاويلهم برأيه ولكن يرجع قول البعض على البعض فنحن أخذنا بقولهم في إيجاب أصل الجعل ورجحنا قول ابن مسعود – رضي الله عنه – في مقداره

(فإن قيل) : كان ينبغي أن يؤخذ بالأقل في المقدار لأنه متيقن به

(قلنا) : إنما لم يؤخذ بالأقل لأن التوفيق بين أقاويلهم ممكن بأن يحمل قول من أفتى بالأقل على ما إذا رده مما دون مسيرة سفر وقول من أفتى بالأكثر على ما إذا رده من مسيرة سفر كما فسره عمار بن ياسر – رضي الله عنه – فإن قوله (إن أخذه في المصر) كناية عما دون مسيرة سفر (وإن أخذه خارج المصر) : كناية عن مسيرة سفر ومتى أمكن التوفيق بين أقاويلهم وجب المصير إليه

ثم الأخذ بالأقل إنما يكون فيما يقولونه بأرائهم ونحن نعلم أنهم ما قالوا هذا بالرأي لأنه خلاف القياس ولأن نصب المقادير بالرأي لا يكون ولا طريق لما ثبت عنهم من الفتوى إلا الرأى أو السماع ممن ينزل عليه الوحي فإذا انتفى أحدهما هنا تعين الآخر وصار كأن كل واحد منهم روى ما قاله عن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – والمثبت للزيادة من الأخبار عند التعارض أولى فلهذا أخذنا بالأكثر هذا هو النهاية في التمسك بالسنة والأخذ بأقاويل الصحابة – رضي الله عنهم – فقد قامت الشريعة بفتواهم إلى آخر الدهر وليس لأحد أن يظن بهم إلا أحسن الوجوه ولكنه بحر عميق لا يقطعه كل سابح ولا يصيبه كل طالب

وليس في هذا الباب شيء من المعنى سوى ما ذكره عن إبراهيم قال : كي يرد الناس بعضهم على بعض معناه أن الراد يحتاج إلى معالجة ومؤنة في رده وقلما يرغب الناس في التزام ذلك خشية ففي إيجاب الجعل للراد ترغيب له في رده وإظهار الشكر في المردود عليه لإحسانه إليه إلا أن إبراهيم كان يستحب ذلك ولا يوجبه على ما روي عنه أنه كان يستحب أن يرضخ للذي يجيء بالآبق

ولم نأخذ بقوله في هذا وإنما نأخذ بقول شريح والشعبي – رحمهما الله – فقد قال الشعبي – رحمه الله – للراد دينار إذا أخذه خارجا من المصر وقال شريح – رحمه الله – له أربعون درهما فنأخذ بذلك ويحمل ما نقل عن الشعبي على ما إذا رده مما دون مسيرة السفر

ويستقيم الاحتجاج بقول شريح – رحمه الله – في هذا ونحوه لأن الصحابة – رضي الله عنهم – قلدوه القضاء وسوغوا له المزاحمة معهم في الفتوى ألا ترى أنه خالف عليا – رضي الله عنه – في شهادة الحسن – رضي الله عنه – وأن مسروقا – رحمه الله – خالف ابن عباس – رضي الله عنهما – في موجب النذر بذبح الولد ورجع ابن عباس – رضي الله عنهما – إلى قوله فعرفنا أن من كان بهذه الصفة فقوله كقول الصحابي

ثم الشافعي استحسن برأيه في هذه المسألة من وجه فقال : لو كان المولى خاطب قوما فقال من رد منكم عبدي فله كذا فرده أحدهم استوجب ذلك المسمى وهذا شيء يأباه القياس لأن العقد مع المجهول لا ينعقد وبدون القبول كذلك ولا شك أن الاستحسان الثابت باتفاق الصحابة – رضي الله عنهم – خير من الاستحسان الثابت برأي الشافعي – رضي الله عنه – ولا حجة له في قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير لأن ذلك كان خطابا لغير معين وهو لا يقول به فإنه لو قال من رده فله كذا ولم يخاطب به قوما بأعيانهم فرده أحدهم لا يستحق شيئا ثم هذا تعليق استحقاق المال بالخطر وهو قمار والقمار حرام في شريعتنا ولم يكن حراما في شريعة من قبلنا

(وإن قال) : أعتبر قول المالك لإثبات أمره بالرد للذين خاطبهم ثم المأمور من جهة الغير يرجع عليه بما لحقه من المؤنة في ذلك

(قلنا) : لو كان هذا معتبرا لرجع عليه بما لحق فيه من المؤنة دون المسمى ثم الأمر هنا ثابت أيضا بدون قوله ألا ترى أن العبد الهارب من مولاه ما دام بمرأى العين منه ينادي مولاه على أثره خذوه فعرفنا بهذا أنه أمر لكل من يقدر على أخذه ورده على أن يرده عليه والأمر الثابت دلالة بمنزلة الأمر الثابت إفصاحا

ثم ذكر عن الشعبي في رجل أخذ غلاما آبقا فأبق منه قال : لا ضمان عليه وذكر بعده عن جرير بن بشير عن أشياخ من قومه قال أخذ مولى للحي آبقا فأبق منه نحو حي فكتب إلى مولاه أن يأتي أهله فيجتعل له منهم ففعل ذلك ثم كتب إليه فأقبل بالعبد فأبق منه فاختصموا إلى شريح فضمنه إياه ثم اختصموا إلى علي – رضي الله عنه – فقال يحلف العبد الأحمر للعبد الأسود بالله ما أبق منه ولا ضمان عليه

وإنما نأخذ بحديث علي – رضي الله عنه – والشعبي فنقول لا ضمان عليه إذا أخذه للرد على مولاه لأنه أخذه بإذن مولاه كما بينا وفي هذا دليل على أن الراد يستوجب الجعل وكان ذلك أمرا ظاهرا حتى لم يخف على مواليهم حين كتب الآخذ إلى مولاه أن يأتي أهله فيجتعل له منهم إلا أنه كان من مذهب شريح تضمين الأجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه والمستوجب للجعل بمنزلة الأجير المشترك فلهذا ضمنه وكان من مذهب علي – رضي الله عنه – أنه لا يضمن الأجير المشترك كما ذكر عنه في كتاب الإجارات في إحدى الروايتين ولكن القول قوله مع يمينه وقوله يحلف العبد الأحمر يريد به الراد سماه أحمر لقوته وقدرته على أخذ الأبق وسمى الأبق أسود لخبث فعله وهو من دعابة علي – رضي الله عنه

(قال) (وإذا أتى الرجل بعبد آبق فأخذه السلطان فحبسه فجاء رجل وأقام البينة أنه عبده فإنه يستحلف بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفع إليه أولا) نقول ينبغي للراد أن يأتي به السلطان بخلاف ما سبق في اللقطة لأنه يقدر على حفظها بنفسه ولا يقدر على حفظ الآبق بنفسه عادة فرفعه إلى السلطان لهذا ولأنه يستوجب التعزير على إباقه فيرفعه إلى السلطان ليعزره ويأخذه السلطان منه ليحبسه وذلك نوع تعزير ثم من يدعيه لا يستحقه بدون البينة فإذا أقام البينة فقد أثبت ملكه فيه بالحجة إلا أنه يحتمل أن يكون باعه أو وهبه ولا يعرف الشهود ذلك فيستحلفه على ذلك

(فإن قيل) : كيف يستحلفه وليس هنا خصم يدعي ذلك

(قلنا) : يستحلفه صيانة لقضاء القاضي والقاضي مأمور بأن يصون قضاءه عن أسباب الخطأ بحسب الإمكان أو يستحلفه نظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر أو موهوب له فإذا حلف دفعه إليه ولا أحب أن يأخذ منه كفيلا وإن أخذ منه كفيلا لم يكن مسيئا ولكن إن لم ياخذ أحب إلي هذه رواية أبي حفص

وفي رواية أبي سليمان قال : أحب إلي أن يأخذ منه كفيلا وإن لم يأخذ منه كفيلا وسعه ذلك . من أصحابنا من قال ما ذكر في رواية أبي حفص قول أبي حنيفة – رحمه الله – فإنه لا يرى أخذ الكفيل للمجهول كما قال في الجامع الصغير في أخذ الكفيل من الوارث هذا شيء احتاطه بعض القضاة وهو ظلم

وما قاله في رواية أبي سليمان – رحمه الله – قولهما لأنهما يجوزان للقاضي أن يحتاط بأخذ الكفيل صيانه لقضاء نفسه أو نظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه والأصح أن فيه روايتين وما ذكر في رواية أبي سليمان أقرب إلى الاحتياط فربما يظهر مستحق يقيم البينة على الولادة في ملكه فيكون مقدما على من أقام البينة على الملك المطلق أو يقيم البينة على الملك المطلق فيكون مزاحما له أو يقيم البينة على أنه اشتراه منه فالمستحب أن يأخذ منه كفيلا لهذا ولكنه موهوم لم يقم عليه دليل فكان في سعة من أن لا يأخذ منه كفيلا

وما ذكر في رواية أبي حفص أقرب إلى القياس لأن استحقاقه ثابت بما أقام من البينة واستحقاق غيره موهوم والموهوم لا يقابل المعلوم فلا يستحب للقاضي ترك العمل إلا بحجة معلومة لأمر موهوم

أرأيت لو لم يعطه كفيلا أو لم يجد كفيلا أكان يمتنع القاضي من القضاء به له وقد أقام البينة ولكنه لو أخذ منه كفيلا فهو فيما صنع محتاط مجتهد فلا يكون مسيئا وإن لم يكن للمدعي بينة وأقر العبد أنه عبده فإنه يدفعه إليه ويأخذ منه كفيلا . أما الدفع إليه فلأن العبد في يد نفسه وقد أقر بأنه مملوك له

ولو ادعى أنه حر كان قوله مقبولا فكذلك إذا أقر أنه مملوك له يصح إقراره في حق نفسه لأنه لا منازع لهما فيما قالا وخبر المخبر محمول على الصدق ما لم يعارضه مثله ولكن يأخذ منه كفيلا لأن الدفع إليه بما ليس بحجة على القاضي فلا يلزمه ذلك بدون الكفيل بخلاف الأول فالدفع هناك ليس بحجة ثابتة في حق القاضي

يوضحه : أن قول العبد بعد إقراره بالرق في تعيين مالكه غير مقبول ألا ترى أنه لو كان في يد رجلين وأقر بالملك لأحدهما لم يصح إقراره وكان بينهما فكذلك لا يصح إقراره في استحقاق اليد الثابتة للقاضي بعدما أقر برقه فلا بد من أن يأخذ منه كفيلا بحق نفسه حتى إذا حضر مالكه وأراد أن يضمنه يمكن من أخذ الكفيل ليحضره فيخلصه من ذلك فأما

إذا أقام البينة فقد أثبت استحقاق اليد على القاضي ولا يلحق القاضي ضمان في الدفع إليه بحجة البينة فلهذا لا يحتاط بأخذ الكفيل وإن لم يكن للعبد طالب

فإذا طال ذلك باعه الإمام وأمسك ثمنه حتى يجيء له طالب ويقيم البينة أنه عبده فيدفع إليه الثمن لأنه مأمور بالنظر وليس من النظر إمساكه بعد طول المدة لأنه محتاج إلى النفقة وربما يأتي ثمنه على نفقته ولأنه لا يأمن أن يأبق منه فكان حفظ ثمنه أيسر عليه من حفظ عينه وأنفع لصاحبه وليس لصاحبه إذا حضر أن ينقض بيع الإمام لأنه نفذ بولاية شرعية وينفق عليه الإمام في مدة حبسه من بيت المال لأنه محتاج إلى النفقة عاجز عن الكسب إذا كان محبوسا

ولو أمره الإمام بأن يخرج فيكتسب فأبق ثانيا فكان النظر في الإنفاق عليه من بيت المال لأنه معد للنوائب وهذا من جملة النوائب ثم يأخذ ذلك من صاحبه إن حضر فرده عليه أو من ثمنه إن باعه وقد بينا هذا في نفقة الملتقط بأمر القاضي فكذلك في نفقة الإمام من بيت المال على الآبق لأن قضاءه في ذلك للمسلمين لا لنفسه

فإن أقام مدعيه شهودا نصارى لم تجز شهادتهم لأن العبد في يد إمام المسلمين واستحقاق يد المسلم لا يكون بشهادة النصارى

وإن أقام بينة من المسلمين وقد باعه الإمام فزعم أنه كان قد دبره أو كانت جارية فزعم أنها كانت أم ولده لم يصدق على فسخ البيع لأن البيع نفذ من القاضي بولاية شرعية فكأن المالك باشر بيعه بنفسه ثم ادعى شيئا من ذلك ولا يصدق على فسخ البيع إلا أن يكون لها ولد وقد ولدته في ملكه فيدعي أنه ولده منها فحينئذ يصدق ويثبت النسب ويفسخ البيع كما لو كان باشر البيع بنفسه وهذا لأن ثبوت نسب ولد حصل العلوق به في ملكه بمنزلة البينة فيما يرجع إلى إبطال حق الغير

ألا ترى أن المريض إذا أقر لجاريته أنها أم ولده ومعها ولد يدعي نسبه كان مصدقا في إبطال حق الغرماء والورثة عنها بخلاف ما إذا لم يكن معها ولد فهذا مثله

وإذا وجد الرجل غلاما أو جارية آبقا بالغا أو غير بالغ فرده إلى مولاه فإن كان أخذه من مسيرة ثلاثة أيام أو أكثر فله الجعل أربعون درهما ولا يزاد على ذلك وإن بعدت المسافة لأن تقدير الجعل بأربعين إذا رده من مسيرة سفر ثابت بفتوى ابن مسعود – رضي الله عنه – والزيادة على القدر الثابت شرعا بالرأي لا تجوز ولأن أدنى مدة السفر معلوم ولا نهاية لما وراء ذلك والحكم لا يتغير به شرعا كسائر الأحكام المتعلقة بالسفر

وإن أخذه في المصر أو خارجا منه ولكن فيما دون مسيرة سفر في القياس لا شيء له لأن التقدير الثابت بالشرع يمنع أن يكون لما دون المقدر حكم المقدر ولأن الجعل إنما يستحقه راد الآبق وتمام الإباق بمسيرة السفر ففيما دونه هو كالضال ولهذا لا يتعلق شيء من أحكام السفر فيما دون مسيرة السفر

وفي الاستحسان له الجعل على قدر المكان والعناء لأن في مدة السفر وجوب الجعل ليس لعين المدة بل لما يلحق من العناء والتعب في رده وقد وجد بعض ذلك فيستوجب من الجعل بقدره ألا ترى أن المالك لو استأجره بمال معلوم ليرده من مسيرة يوم استحق من المسمى بقدره فكذلك فيما هو ثابت شرعا

وإن كان أنفق عليه أضعاف مقدار الجعل بغير أمر القاضي فليس له سوى الجعل لأنه متبرع فيما أنفق وإن مات عنده قبل أن يرده أو أبق منه فإن كان أشهد على ذلك حين وجده أنه إنما أخذه ليرده على صاحبه فلا ضمان عليه وإن أقر أنه أخذه لنفسه فهو ضامن وإن ادعى أنه أخذه للرد ولكن ترك الإشهاد مع الإمكان فهو على الخلاف وقد بينا هذا في اللقطة فكذلك في الآبق لأن المعنى يجمعهما وهذا إذا علم أنه كان آبقا فإن أنكر المولى أن يكون عبده آبقا فالقول قوله لأن السبب الموجب للضمان قد ظهر من الأخذ وهو أخذه مال الغير بغير إذنه فهو يدعي ما يسقطه وهو الإذن شرعا لكون العبد آبقا

ولو ادعى الإذن من المالك له في أخذه وأنكر المالك كان القول قوله فكذلك هنا وعلى هذا لو رده فأنكر المولى أن يكون عبده آبقا فلا جعل له إلا أن يشهد الشهود بأنه أبق من مولاه أو أن مولاه أقر بإباقه فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيجب له الجعل

وإذا أعتقه المولى في إباقه جاز ذلك لأن نفوذ هذا التصرف يعتمد الملك دون القدرة على التسليم حتى ينفذ في المرهون والمؤاجر والجنين في البطن والمبيع قبل القبض فكذلك ينفذ في الآبق لأن الإباق لا يزيل ملكه وإنما يعجزه عن التسليم ولهذا لو باعه لم يجز لأن البيع لا يصح إلا فيما هو مقدور التسليم للعاقد وقدرته على التسليم تنعدم بالإباق ولأن في بيعه معنى الغرر لأنه لا يعلم بقاؤه في الحال حقيقة ولا عوده ليقدر على التسليم ونهى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – عن بيع الغرر فالغرر لا يمنع نفوذ العتق والتدبير فلهذا صح منه إذا ظهر أنه كان قائما وقت العتق

ولو وهبه لرجل لم يجز لأن الهبة لا تتم إلا بالتسليم وهو غير قادر على تسليمه فإن وهبه لابن له صغير في عياله فالهبة جائزة وإعلامه بمنزلة القبض لأنه باق في يد مولاه حكما فيصير قابضا للصغير باليد الحكمي الذي بقي له وحق القبض فيما يوهب للصغير إليه وسواء كان الصغير في عياله أو لم يكن لأن الولاية ثابتة له بالأبوة فلا تنعدم بكونه في عيال غيره

وإنما ذكر قوله في عياله على سبيل العادة لا للشرط وإنما قلنا أنه في يده حكما لأن اليد الحكمي كان له باعتبار ملكه فلا ينعدم إلا باعتراض يد أخرى على يده وبالإباق لا يوجد ذلك

وعلى هذا الطريق لا فرق بين أن يكون مترددا في دار الإسلام أو دار الحرب ووجه آخر فيه وهو أن اليد الحكمي باعتبار تمكنه من الأخذ لأنه لو قدر عليه وذلك باق ما دام في دار الإسلام بقوة الإمام والمسلمين وعلى هذا الطريق لو أبق إلى دار الحرب ثم وهبه لابنه الصغير لا يجوز كما رواه قاضي الحرمين عن أبي حنيفة – رحمه الله – لأن اليد الحكمي ليس بثابت له في دار الحرب

وإذا أبق العبد المأذون ثم اشترى وباع لم يجز وقد صار محجورا عليه استحسانا وفي القياس لا يصير محجورا عليه وهو قول زفر – رحمه الله – لأن ما به صح إذن المولى وهو قيام ملكه في رقبته لا ينعدم بالإباق لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن فلا ينافي البقاء بطريق الأولى

وجه الاستحسان أن المولى إنما يرضى بتصرفه ما دام تحت طاعته ولا يرضى به بعد تمرده وإباقه فإما أن يتقيد الإذن المطلق بما قبل الإباق لدلالة العرف أو يصير محجورا بعد الإباق لدلالة الحجر فإن المولى لو ظفر به أدبه وحجر عليه ودلالة

الحجر كالتصريح بالحجر كما أن دلالة الإذن كالتصريح بالإذن ولهذا صح إذن الآبق ابتداء لأن الدلالة يسقط اعتبارها عند التصريح بخلافها ألا ترى أن تقديم المائدة بين يدي إنسان يكون إذنا له في التناول دلالة فإن قال لا يأكل بطل حكم ذلك الإذن للتصريح بخلافه ثم المولى لو ظفر به أدبه وحبسه وحجر عليه فهو وإن عجز عن تأديبه فالشرع ينوب عنه في الحجر عليه كالمرتد اللاحق بدار الحرب يموته الإمام حكما فيقسم ماله بين ورثته لأنه لو قدر عليه قتله فإذا عجز عن ذلك جعله الشرع ميتا حكما فهذا مثله والحكم في جناية الآبق والجناية عليه وفي حدوده كالحكم فيها في المصر لأن الرق فيه باق بعد الإباق وملك المولى قائم فيه وباعتباره يخاطب بالدفع أو الفداء عند قدرته عليه

فإذا قامت البينة عليه بالسرقة لم يقطعه الإمام حتى يحضر مولاه فإذا حضر قطعه في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله

وقال أبو يوسف - رحمه الله - يقطعه ولا ينتظر حضور مولاه وكذلك إذا قامت البينة عليه بسائر الأسباب الموجبة للعقوبة من حد أو قصاص فهو على هذا الخلاف

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله - أن العبد في الأسباب الموجبة للعقوبة كالحر بدليل أنه يصح إقراره بها على نفسه ولا يصح إقرار المولى عليه بذلك وفيما كان هو بمنزلة الحر لا يشترط حضور المولى للقضاء عليه بالبينة كالطلاق وهذا لأن التزام العقوبة باعتبار معنى النفسية دون المالية وحق المولى في ملك المالية فبقي هو في النفسية على أصل الحرية لأن العقوبة تثبت عليه بالبينة تارة وبالإقرار تارة ثم فيما يثبت بإقراره لا يشترط حضور المولى للاستيفاء فكذلك فيما يثبت بالبينة بل أولى لأن البينة حجة متعدية إلى الناس كافة والإقرار حجة قاصرة في حق المقر خاصة . وجه قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - أن في إقامة الحد عليه تفويت حق المولي فلا يجوز إلا بمحضر منه لأن العبد ليس بخصم عنه والقضاء على غير خصم حاضر بتفويت حقه لا يجوز

وبيان هذا : أن للمولى حق الطعن في الشهود حتى لو كان حاضرا كان طعنه مسموعا ففي إقامة العقوبة تفويت حق المطعون عليه والدليل عليه أن العبد لو كان كافرا ومولاه مسلما لم تقبل شهادة الكفار عليه بالأسباب الموجبة للعقوبة ولو لم يكن للمولى حق في هذه البينة لكان لا يعتبر دينه في ذلك والعبد ليس بخصم عن المولى لأنه خصم باعتبار معنى النفسية ولا حق للمولى في ذلك فلا ينتصب خصما عنه وبه فارق الإقرار فإنه ليس للمولى حق الطعن في إقراره فلا يكون في إقامة العقوبة عليه بالإقرار تفويت حق المولى ولأن وجوب العقوبة عليه باعتبار معنى النفسية ولكن في الاستيفاء إتلاف مالية المولى والبينة لا توجب شيئا بدون القضاء والاستيفاء في العقوبات من تتمة القضاء

ألا ترى أن المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء يجعل كالمقترن بأصل القضاء حتى يمتنع الاستيفاء به فإذا كان تمام قضائه متناولا حق المولى يشترط حضور المولى في ذلك بخلاف الإقرار فإنه موجب بنفسه قبل قضاء القاضي وولاية الاستيفاء تثبت بتقرر الوجوب فلا يشترط فيه حضور المولى وإذا أخذ العبد الآبق وحبس في بلد فتقدم مولاه إلى قاضي بلدته وأقام عليه شاهدين وطلب أن يكتب به إلى القاضي البلد الذي هو فيه لم يجبه إلى ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ولو فعل لم يقض القاضي المكتوب إليه بذلك الكتاب

وعلى قول أبي يوسف يجيبه إلى ذلك بطريق يذكره وهو قول ابن أبي ليلى

والحاصل : أن كتاب القاضي إلى القاضي في الديون صحيح بالاتفاق وكذلك في العقار لأن إعلامها في الدعوى والشهادة تذكر الحدود دون الإشارة إلى العين وفي العروض من الدواب والثياب لا يجوز كتاب القاضي إلى القاضي بالاتفاق لأنه لا بد من إشارة الشهود إلى العين للقضاء بشهادتهم وذلك ينعدم في كتاب القاضي إلى القاضي فأما في العبيد والجواري فلا يجوز كتاب القاضي عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - أيضا وهو القياس لأنه لا بد من إشارة الشهود إلى العين ليثبت الاستحقاق بشهادتهم ولهذا لو كان حاضرا في البلدة لا يسمع الدعوى والشهادة إلا بعد إحضاره فلا يجوز فيه كتاب القاضي إلى القاضي كما في سائر العروض

ولكن استحسن أبو يوسف في العبيد قال العبد قد يأبق من مولاه وقد يرسله مولاه في حاجة من بلد إلى بلد فيمتنع من الرجوع إليه ويتعذر على المولى الجمع بين شهوده وبينه في مجلس القاضي فلو لم يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي أدى إلى إتلاف أموال الناس فكان قبول البينة بهذه الصفة أرفق بالناس وما كان أرفق بالناس فالأخذ به أولى لأن الحرج مدفوع وكان يقول مرة في الجارية أيضا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي ثم رجع فقال لا يقبل في الجارية لأن باب الفروج مبني على الاحتياط ولأن هذه البلوى تقل في الجواري فالمولى لا يرسلها من بلد إلى بلد عادة والإباق في الجواري يندر أيضا

ثم بيان مذهبه أن المدعي يقيم عند القاضي شاهدين على حليته وصفته وأنه مملوك له فيكتب له بذلك إلى قاضي البلد الذي هو فيه محبوس فإذا ثبت الكتاب عند ذلك القاضي بشهادة الشهود عليه وعلى الختم ووافق حلية العبد وصفته ما في الكتاب دفع إليه من غير أن يقضي له بالملك ويختم في عنقه بالرصاص للإعلام ويأخذ من المدعي كفيلا ثم يأتي به المدعي إلى البلد الذي فيه شهوده ويكتب معه كتابا إلى ذلك القاضي

فإذا أتى به إلى هذا القاضي أعاد شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه ملكه وحقه فإذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب إلى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيله . وفي الجواري على قوله الأول لا يدفعها إليه القاضي المكتوب إليه أولا ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لأنه لو دفعها إليه لا يمتنع من وطئها وإن كان أمينا في نفسه لأنه يزعم أنها مملوكته

ولكن أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - قالا : هذا استحسان فيه بعض القبح فإنه إذا دفع إليه العبد يستخدمه قهرا أو يستغله فيأكل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه بقضاء القاضي وربما يظهر العبد لغيره إذا جاء به إلى القاضي الكاتب فالحلية والصفة تشتبه ألا ترى أن الرجلين المختلفين قد يتفقان في الحلية والصفة

أرأيت لو كانت جارية حسناء أكان يبعث بها مع رجل لم يثبت له فيها حق هذا قبح فلهذا أخذنا بالقياس

فإن كان القاضي باع العبد الآبق حين طال حبسه وأخذ ثمنه وهلك العبد عند المشتري ثم ادعاه الرجل وأقام البينة أن عبدا اسمه كذا وكذا عبده فوافق ذلك صفة العبد الذي باعه القاضي لم يقبل ذلك ولا يدفع إليه الثمن لأن شهوده لم يشهدوا على استحقاق ما في يد القاضي من الثمن إنما شهدوا على الاسم والحلية والاسم يوافق الاسم والحلية توافق الحلية إلا أن يشهدوا أن العبد الآبق الذي باعه القاضي من هذا الرجل هو عبد هذا فحينئذ يقضى له القاضي بالثمن لأنه أثبت

الملك في ذلك العبد بعينه والبدل إنما يملك بملك الأصل وكذلك إن لم يبعه حتى قتل فأقام المدعي البينة أن المقتول عبده فإنه يقضي له بالقيمة لأن القيمة والثمن كل واحد منهما بدل عن العبد واستحقاق البدل باستحقاق الأصل

(قال) (رجل أخذ عبدا آبقا فباعه بغير إذن القاضي ثم أقام المولى بينة أنه عبده فإنه يسترده من المشتري والبيع باطل) لأن الآخذ باعه بغير ولاية له فإن ولاية تنفيذ البيع له في ملك الغير إنما تثبت بإذن المولى أو بإذن القاضي بعد ما تثبت الولاية له فإذا باعه بدون إذن القاضي كان البيع باطلا وإن كان العبد هلك عند المشتري فللمستحق أن يضمن قيمته أيهما شاء لأن البائع متعد في حقه بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض لنفسه فإذا ضمن المشتري قيمته رجع على البائع بالثمن لأن المبيع لم يسلم من جهته واسترداد القيمة منه كاسترداد العين وإن ضمن البائع قيمته نفذ البيع من جهته لأنه ملكه بالضمان فيكون الثمن له ولكنه يتصدق بما فضل من القيمة على الثمن لأنه ربح حصل لأعلى ملكه بكسب خبيث

(قال) (رجل أقام البينة عند قاض من القضاء بأن العبد الذي باعه قاضي بلد كذا من فلان فهو عبده وأخذ كتابه إلى ذلك القاضي الذي باع الآبق فهذا جائز ويدفع ذلك القاضي إليه الثمن إذا ثبت كتاب القاضي عنده بالبينة) لأن المدعي بهذه البينة لا يريد أخذ عين العبد فإن بيع القاضي قد نفذ فيه ألا ترى أنه لو أقام البينة عنده دفع إليه الثمن ولم يمكنه من أخذ العبد فعرفنا أن مقصوده إثبات حق أخذ الثمن لنفسه فهذا والبينة التي يقيمها على الدين سواء فلهذا يكتب القاضي له بذلك ويقضي المكتوب إليه بخلاف ما سبق

(فإن قيل) : الثمن عين في يد ذلك القاضي كالعبد

(قلنا) : نعم ولكنه معلوم بذكر مقداره فلا تقع الحاجة إلى الإشارة من الشهود إلى عينه للاستحقاق بخلاف العبد . وإذا وجد الرجل عبدا أو أمة آبقا وهو يقدر على أخذه فإنه يسعه تركه وأحب إلي أن يأخذه ليرده على صاحبه

ومن العلماء من يقول لا يسعه تركه لأن النهي عن المنكر فرض علي كل من يقدر عليه ولأن حرمة مال المسلم كحرمة نفسه ولو رأى إنسانا يغرق لم يسعه إلا أن يخلصه إذا قدر عليه فكذلك إذا رأى ماله يتوي

ولكنا نقول : هو يحتاج في رده إلى معالجة ومؤنة فكان في سعة من أن لا يلتزم ذلك وإن كان الأولى أن يلتزمه ولأنه في الترك يعتمد ظاهر قوله - صلى الله عليه و سلم - (لا يؤوي الضالة إلا ضال) وقال (ضالة المؤمن حرق النار) وبظاهر الحديث يقول جهال أهل التقشف وحماقى أهل التصوف لا يسعه أن يأخذه فلا أقل من أن يسعه الترك لظاهر الحديث

(وإذا أخذ عبدا آبقا فادعاه رجل وأقر له العبد فدفعه إليه بغير أمر القاضي فهلك عنده ثم استحقه آخر ببينة أقامها فله أن يضمن أيهما شاء) لكون كل واحد منهما خائنا في حقه فإن ضمن الدافع رجع به على القابض لأن أخذ العبد منه لنفسه وقد تبين أنه كان غاصبا لا مالكا وللغاصب الأول حق الرجوع على الثاني بما يضمن ولأنه لم يسبق إقرار من الدافع للقابض بالملك ولو كان أقر له بذلك فسقط اعتبار إقراره لما صار مكذبا شرعا فإذا لم يسبق إقراره أولى

وإن كان لم يدفع إلى الأول حتى شهد شاهدان عنده فدفعه إليه بغير حكم ثم أقام آخر البينة عند القاضي فإنه يقضي به لهذا لأن البينة الأولى أقامها صاحبها في غير مجلس الحكم فلا تكون معارضة للبينة التي قامت في مجلس الحكم لأن وجوب الحكم يختص ببينة تقوم في مجلس القضاء

وإن أعاد الأول بينته لم ينفعه أيضا لأن اليد في العبد له وبينة ذي اليد في الملك المطلق لا تعارض بينة الخارج وما يكتسبه العبد الآبق بالبيع والشراء والإجارة وغير ذلك لمولاه لأنه مالك لرقبته بعد إباقه وإذا لم يكن المكتسب أهلا للملك فمولاه يخفه في ملك الكسب لملكه رقبته

وإن أجره الذي أخذه وأخذ أجرته فهو للذي أجره قال : لأنه في ضمانه وكأنه أشار بهذا إلى قوله – صلى الله عليه و سلم – (الخراج بالضمان) ولأنه بعقده صير ما ليس بمال مالا فإن المنافع لا تأخذ حكم المالية إلا بالعقد عندنا كما بينه في الغصب

ومن صير ما ليس بمال من ملك الغير مالا بفعله كان ذلك المال له كمن اتخذ كوزا من تراب غيره وباعه ولكن ينبغي له أن يتصدق به لأنه حصل بكسب خبيث

وإن دفعه إلى المولى مع العبد وقال هذا المال غلة عبدك وقد سلمته لك فهو للمولى لأنه أخذ بالاحتياط فيما صنع وتحرز عن اختلاف العلماء فإن عند الشافعي – رضي الله عنه – هذا المال للمولى وعندنا هو للأجير ولا يمنعه من تمليك مال نفسه منه طوعا ثم يحل للمولى أكله استحسانا وفي القياس لا يحل لأن حق الفقير أثبت فيه حين وجب التصدق به فلا يملك الآخذ إسقاط حق الفقراء

ولكنه استحسن وقال وجوب التصدق به كان لخبث دخل فيه لعدم رضى المولى به فإنما يظهر ذلك في حق الآخذ لا في حق المولى بل بالتسليم إلى المولى يزول ذلك الخبث فكان له أن يأكله استحسانا لأنه كسب عبده

وفي القياس لا يجب الأجر لأن المستأجر ضامن للعبد باستعماله والأجر مع الضمان لا يجتمعان ولكنه استحسن فقال : العبد غير محجور عن الاكتساب وتحصيل المنافع

ألا ترى أنه يصح منه قبول الهبة والصدقة فإذا سلم من العمل تمحض ذلك العقد منفعة لأنه لو لم يسبق العقد لم يجب على المستعمل له شيء فلهذا أنفذنا ذلك العقد بخلاف ما إذا تلف لأنه لو نفذ العقد لم يكن للمولى حق تضمين المستأجر فيتضرر به فإذا ثبت نفوذ العقد عند سلامة العبد كان حق قبض الأجر إليه لأنه وجب بعقده بأخذها فيدفعها إلى المولى وإباق المكاتب لا يبطل مكاتبته وإذنه بخلاف إباق المأذون لأن المولى يقدر على أن يحجر على المأذون ولا يستطيع أن يحجر على المكاتب ولأن حق المكاتب في نفسه لازم ولهذا لا يملك المولى بيعه بخلاف المأذون

وحقيقة المعنى أن الإباق لا يتحقق من المكاتب فإن له أن يخرج في الاكتساب إلى حيث يشاء وليس للمولى أن يمنعه من ذلك بخلاف المأذون فإن للمولى أن يمنعه من الخروج فإذا خرج بغير إذنه كان فعله إباقا وبهذا الطريق لا جعل لراد المكاتب لأنه ليس بآبق بخلاف المأذون ولأن الراد إنما يستوجب الجعل بإحيائه مالية الرقبة برده وذلك لا يوجد في المكاتب فإن حق المولى في بدل الكتابة في ذمته خاصة ولم يصر مشرفا على الهلاك بإباقه حتى يكون في الرد إحياؤه بخلاف العبد لأن مالية رقبته حق المولى وقد أشرف على التوي بإباقه فيكون الراد مجيبا له ويجوز عتق الآبق عن الظهار إذا كان حيا لأنه باق على ملك المولى حقيقة فينفذ عتقه فيه على الوجه الذي ينفذ حال كونه في يده

(فإن قيل) : الآبق في حكم المستهلك وإعتاق المستهلك حكما عن الظهار لا يجوز كالأعمى

(قلنا) : المستهلك منه حكما ماليته لا ذاته والكفارة إنما تتأدى بتحرير مبتدإ وذلك يرجع إلى الذات دون المالية فإن الله تعالى قال ﴿ فتحرير رقبة ﴾ (المجادلة : ٣ ، النساء : ٩٢ ، المائدة : ٨٩) والرقبة اسم للذات حقيقة والذات المرقوق عرفا وليس في النص تعريض لصفة المالية ولهذا كان قليل القيمة وكثير القيمة في جواز التكفير به سواء بخلاف الأعمى فالمستهلك هناك الذوات حكما لفوات منفعة الجنس منه وبخلاف المدبر وأم الولد فعتقهما ليس بتحرير مبتدإ بل هذا من وجه تعجيل لما استحقاه مؤجلا ويجوز بيع الآبق ممن أخذه لأن امتناع جواز بيعه من غيره لعجزه عن التسليم إليه ولا يوجد ذلك هنا لأنه بنفس العقد يصير مسلما إلى المشتري لقيام يده فيه فلهذا جاز بيعه منه

وإذا أبق عبد الرهن فرده رجل في حياء الراهن أو بعد موته فهو رهن على حاله لأن ماليته قد أشرفت على التوي بالإباق ثم قد حيي بالرد فهو كما لو أشرف على الهلاك ثم برئ فيكون رهنا على حاله والمرتهن أحق به من سائر غرماء الراهن بعد موته والجعل على المرتهن إن كان قيمته مثل الدين لأن وجوب الجعل للراد بإحيائه مالية العبد ومالية حق المرتهن لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن من المالية

ألا ترى أنه لو لم يرده حتى يتحقق التوى سقط دين المرتهن فعرفنا أنه في الرد عمل له فكان الجعل عليه وهو نظير تخليصه من الجناية بالفداء وذلك على المرتهن بقدر المضمون منه فكذلك الجعل وهذا بخلاف النفقة فإنه لإبقاء الملك لا لإحياء المالية ألا ترى أن المرتهن إذا امتنع من الإنفاق تمكن من رده ويبقى جميع دينه فعرفنا أن النفقة لإبقاء الملك والملك للراهن والجعل لإحياء المالية فيكون على المرتهن

ألا ترى أن المالية لو انتقصت بقرحة خرجت به كان دواء ذلك ومعالجته على المرتهن بخلاف النفقة فكذلك جعل الآبق وللذي جاء به أن يمسكه حتى يأخذ الجعل لأنه إنما يستوجب الجعل بإحياء ماليته فكان لما يستوجب تعلقا بماليته فيحتبس به كما يحبس البائع المبيع بثمنه وإن مات العبد في يده بعد ما قضى القاضي بإمساكه فلا ضمان عليه لأنه محق في حبسه ولا جعل له لأن وجوب الجعل باعتبار إحيائه ماليته ولم يتم ذلك حين لم تصل إليه يد مولاه وهو نظير المبيع يتلف في يد البائع فإن حقه في الثمن يسقط سواء حبسه أو لم يحبسه فهنا يسقط حقه في الجعل بموته في يده سواء حبسه أو لم يحبسه

(عبد أبق وذهب معه بمال فجاء به رجل فقال : لم أجد معه شيئا فالقول قوله ولا شيء عليه) لأن وصول يده إلى العبد لا يكون دليل وصول المال إليه ما لم يعلم كونه في يد العبد حين أخذه والمولى يدعي عليه ذلك وهو منكر كما لو ادعى عليه أنه غصبه مالا وأنكره وإن اتهمه رب المال فله أن يستحلفه على ذلك وهو منكر كما لو ادعى لأنه يدعي عليه ما لو أقر به لزمه فإذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله حتى يقام ذلك مقام إقراره

(يتبع . . .) ." (١)

---

(١) المبسوط، ٦/١٥٠

" قال – رحمه الله – (وإذا استأجر ثوبا ليلبسه يوما إلى الليل بأجر مسمى فهو جائز لأنه عين منتفع به بطريق مباح وليس له أن يلبسه غيره) لأن المعقود عليه لبسه بنفسه وهذا لأن التعيين متى أفاد اعتبر وهذا تعيين مفيد لأن الناس يتفاوتون في لبس الثياب فلبس الدباغ والقصار لا يكون كلبس العطار بخلاف سكنى الدار فالناس لا يتفاوتون في ذلك

فإن أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه إن أصابه شيء لأنه غاصب في إلباسه غيره

وإن لم يصبه شيء فلا أجر له لأن المعقود عليه ما يصير مستوفي بلبسه فما يكون مستوفي بلبس غيره لا يكون معقودا عليه واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب البدل

(ألا ترى) أنه لو استأجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر ولبسه لم يلزمه الأجر فكذلك إذا ألبس ذلك الثوب غيره لأن تعيين اللابس كتعيين الملبوس

فإن قيل : هو قد يتمكن من استيفاء المعقود عليه وذلك يكفي لوجوب الأجر عليه كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه

قلنا : تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده وإذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة ولذا لو هلك لم يضمن فأما إذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكما

ألا ترى أنه ضامن وإن هلك من غير اللبس وأن يد اللابس عليه يد معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس ولا يكون إلا بطريق تفويت يده حكما فلهذا لا يلزمه الأجر وإن سلم وإن استأجره ليلبس يوما إلى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فإن اللبس يختلف باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس فكما أن ترك التعيين في الملبوس عند العقد يفسد العقد فكذلك ترك تعيين اللابس

وهذه جهالة تفضي إلى المنازعة لأن صاحب الثوب يطالبه بإلباس أرفق الناس في اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس إلا أخشن الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وإن اختصما فيه قبل اللبس فسدت الإجارة

وإن لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه إلى الليل فهو جائز وعليه الأجر استحسانا

وفي القياس عليه أجر المثل وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها أو للعمل ولم يسم ما يعمل عليها فعمل عليها إلى الليل فعليه المسمى استحسانا وفي القياس عليه أجر المثل لأنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد

وجه الاستحسان : أن المفسد وهو الجهالة التي تفضي إلى المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد وهذا لأن الجهالة في المعقود عليه وعقد الإجارة في حق المعقود عليه كالمضاف فإنما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الأجر عند ذلك أيضا فلهذا أوجبنا المسمى وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه إن ضاع منه لأنه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف الأول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفا بإلباس غيره

وإذا استأجر قميصا ليلبسه يوما إلى الليل فوضعه في منزله حتى جاء الليل فعليه الأجر كاملا لأن صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب إليه وما زاد على ذلك ليس في وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لأن العقد انتهى بمضي المدة والإذن في اللبس كان بحكم العقد فلا يبقى بعد انتهاء العقد

وإن ارتدى به يوما إلى الليل كان عليه الأجر كاملا لأن هذا لبس ولكنه غير تام فإن المقصود بالقميص ستر البدن به وبهذا الطريق يحصل بعض الستر وإن اتزر به إلى الليل فهو ضامن إن تخرق لأن الاتزار بالقميص غير معتاد وبمطلق التسمية إنما يتمكن من اللبس المعتاد فكان غاصبا إذا اتزر به ضامنا أن تخرق بخلاف ما إذا ارتدى به فإن ذلك معتاد في بعض الأوقات

توضيحه : أن الإتزار مفسد للقميص فما أتى به أضر بالثوب مما يتناوله العقد والإتزار غير مفسد بل ضرره كضرر اللبس أو دونه وإن سلم فعليه الأجر استحسانا

وفي القياس لا أجر عليه لأنه مخالف ضامن والضمان والأجر **لا يجتمعان** كما لو ألبسه غيره

وجه الاستحسان : أنه متمكن من استيفاء المعقود عليه باعتبار يده وإنما كان ضامنا بزيادة ضرر مفسد للثوب فيبقى الأجر عليه لتمكنه من استيفاء المعقود عليه بخلاف ما إذا تخرق فهناك لما تقرر عليه الضمان ملك الثوب من حين ضمنه ولا يجب الأجر عليه في ملك نفسه وإذا سلم فهو لم يملك الثوب فيلزمه الأجر لتمكنه من الاستيفاء

وإذا استأجرت المرأة درعا لتلبسه ثلاثة أيام فلها أن تلبسه بالنهار وفي أول الليل وآخره ما يلبس الناس لأن مطلق التسمية ينصرف إلى المعتاد في لبس الثوب الصيانة بالنهار ومن أول الليل إلى وقت النوم ومن آخر الليل أيضا فقد يبكرون خصوصا عند طول الليالي وإن لبست الليل كله فهي ضامنة لأنها خالفت فإن ثوب الصيانة لا ينام فيه عادة وهو مفسد للثوب فتكون ضامنة أن تخرق بالليل

وإن تخرق من لبسها في غير الليل فلا ضمان عليها لأن الخلاف قد ارتفع بمجيء النهار وإنما كانت ضامنة بالخلاف لا بالإمساك فإن لها أن تمسك الثوب إلى انتهاء المدة والأمين إذا ضمن بالخلاف عاد أمينا بترك الخلاف كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق

فإن تخرق من لبسها بالليل فهي ضامنة وليس عليها أجر في تلك الساعة التي تخرق فيها الثوب وعليها الأجر فيما كان قبل ذلك وبعده لأنها مستوفية للمعقود عليه

وإن سلم ولم يتخرق فعليها الأجر كله لاستيفاء جميع المعقود عليه وهذا لأن الضمان لا ينافي العقد ابتداء وبقاء

وإذا بقي العقد تحقق منها استيفاء المعقود عليه فعليها الأجر إلا في الساعة التي ضمنت بالتخرق لأنها في تلك الساعة غاصبة عاملة لنفسها ولهذا تقرر عليها الضمان

وإن كان الدرع ليس بدرع الصيانة إنما هو درع بذلة ينام في مثله فلا ضمان عليه إن نامت فيه وعليها الأجر لأن بمطلق العقد يستحق ما هو المعتاد والنوم في مثله معتاد فلا تكون به مخالفة

وإن كانت استأجرته لمخرج تخرج فيه يوما بدرهم فلبسته في بيتها فعليها الأجر لأنها استوفت المعقود عليه ولبسها في بيتها ولبسها إذا خرجت سواء وربما يكون لبسها في بيتها أخف وكذلك لو لم تلبس ولم تخرج لأنها تمكنت من استيفاء المعقود عليه ولو ضاع الدرع منها ذلك اليوم ثم وجدته بعد ذلك فلا أجر عليها إذا صدقها رب الثوب لأنها لم تكن متمكنة من اللبس بعدما ضاع الدرع منها

وإن لبسته في اليوم الثاني ضمنته لانتهاء العقد بمضي المدة وإن كذبها رب الدرع

فإن كان الثوب في يدها حين اختلفا فالقول قول رب الدرع لأن تمكنها من اللبس في الحال دليل على أنها كانت متمكنة منه فيما مضى ولأن تسليمه الثوب إليها تمكين لها من لبسه وذلك أمر ظاهر وما تدعيه من الضياع عارض غير ظاهر فعليها أن تبينه بالبينة

والقول قول رب الدرع لإنكاره مع يمينه على علمه لأنه يحلف على الضياع من يد غيره ولا طريق له إلا معرفة حقيقة ذلك فيحلف على علمه وإن سرق منها أو تخرق من لبسها فلا ضمان عليها

وكذلك لو أصابه أقرض (فأر) وحرق نار أو لحس سوس

والحاصل أن المستأجر في العين أمين لأن يده كيد المالك فإنه يتقرر حق المالك في الأجر باعتبار يده ولهذا لو أصابه عهده رجع به على الآخر فكان أمينا فيه كالمودع بخلاف الأجير المشترك على قول من يضمنه فإنه في الحفظ عامل لنفسه فإنه يتمكن به ما تقرر حقه في الأجر فكان ضامنا

ولو أمرت خادمها أو ابنتها فلبسته فتخرق كانت ضامنة كما لو ألبست أجنبية أخرى ولا أجر عليها

وإن سلم الثوب بعد أن صدقها رب الثوب وإن كذبها فالقول قول رب الثوب مع يمينه على علمه وإن أجرته ممن تلبسه بفضل أو نقصان فهي ضامنة للخلاف والأجر لها بالضمان وعليها التصدق به إلا عند أبي يوسف – رحمه الله – وقد بيناه

ولو لبسه خادمها أو ابنتها بغير أمرها فلا ضمان عليها بمنزلة ما لو غصبه إنسان والأجر عليها ولا ضمان عليها لأنها لم تخالف ولم تخرق من لبس الخادم كان الضمان في عنق الخادم لأنها غاصبة وضمان الغصب يجب دينا في عنق المملوك ولو استأجر قبة لينصبها في بيته ويبيت فيها شهرا فهو جائز لأن القبة من المساكن

فإن قيل : لا يمكن استيفاء المعقود عليه إلا بما لم يتناوله العقد وهو الأرض التي ينصب فيها القبة وذلك يمنع الإجارة كما لو استأجر أحد زوجي المقراض لقرض الثياب

قلنا : المعتبر كون العين منتفعا به وأن يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وذلك موجود فالإنسان لا يعدم الأرض لينصب فيها القبة ولأن المقصود بالقبة الاستظلال ودفع أذى الحر والبرد والمطر وذلك بالمعقود عليه دون الأرض وإن لم يسم البيوت التي ينصبها فيها فالعقد جائز أيضا لأن ذلك لا يختلف باختلاف البيوت وترك تعيين غير مفيد لا يفسد العقد

وإن سمى بيتا فنصبها من غيره فهو جائز وعليه الأجر لأن هذا تعيين غير مفيد فالضرر لا يختلف باختلاف البيوت فإن نصبها في الشمس أو المطر كان عليها في ذلك ضرر فهو ضامن لما أصابها من ذلك لأنه مخالف فالشمس تحرقها والمطر يفسدها وإنما رضي صاحبها بنصبها في البيت ليأمن من ذلك

وإذا وجب عليه الضمان بطل الأجر لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان** ولأنه تملكها بالضمان من حين ضمن وإن سلمت القبة كان عليه الأجر استحسانا لأنه استوفى المعقود عليه حين استظل بالقبة وإنما كان ضامنا باعتبار زيادة الضرر فإذا سلمت سقط اعتبار تلك الزيادة فيلزمه الأجر باستيفاء المعقود عليه ولو شرط أن ينصبها في داره فنصبها في دار في قبيلة أخرى في ذلك المصر فعليه الأجر ولا ضرر عليه لأن هذا تعيين غير مفيد وليس له أن يخرجها من المصر لأن فيه الزام مؤنة على صاحبها وهو مؤنة الرد وهو لم يلتزم ذلك

فإن أخرجها إلى السواد فنصبها فسلمت أو انكسرت فلا أجر عليه لأنه غاصب حين أخرجها من المصر

(ألا ترى) إنه لو وجب الأجر كان مؤنة الرد على صاحب القبة وهو غير ملتزم لذلك فجعلناه غاصبا ضامنا لتكون مؤنة الرد عليه فلهذا لا أجر عليه وإذا استأجر رحا يطحن عليه فحمله فذهب به إلى منزله فلما فرغ منه فمؤنة الرد على صاحب الرحا ولو كانت ذلك عارية كانت مؤنة الرد على المستعير لأن الرد فسخ لعمل النقل فإنما تجب المؤنة على من حصل له منفعة النقل ومنفعة النقل في العارية للمستعير فمؤنة الرد عليه وفي الإجارة على رب الرحا لأن بالنقل يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وبه يجب الأجر لرب الرحا فلهذا كانت مؤنة الرد عليه

وإذا استأجر منه عيدان حجلة أو كسوتها مدة معلومة جاز لأنه عين منتفع به

والحاصل أن كل عين منتفع به معتاد الاستئجار فيه صحيح وعلى هذا استئجار البسط والوسائد والصناديق والسرر والقدور والقصاع

ولو استأجر منه قدورا بغير عينها لم يجز لأن المعقود عليه مجهول فإن القدور مختلفة في الصغر والكبر والانتفاع بها بحسبها

فإن جاءه بقدر فقبله على الكراء الأول فهو جائز والأجر له لازم إما لأن التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء أو لأن الإجارة تنعقد بالتعاطي كالبيع

وكذلك لو استأجر منه ستورا يعلقها على بابه وقتا معلوما

ولو كفل كفيل بشيء من هذه الأمتعة الأجر عن المستأجر فالكفالة باطلة لأن العين أمانة في يد المستأجر والكفالة بالأمانات لا تصح والأجارة جائزة لأن الكفالة لم تكن مشروطة فيه

وإن أعطاه بالأجر كفيلا فهو جائز لأنه مضمون في ذمة المستأجر وعلى هذا لو استأجر ميزانا ليزن به والسنجات والقبان والمكاييل فهذا كله متعارف جائز

وإن استأجر سرجا ليركبه شهرا فأعطاه غيره فركبه فهو ضامن لأن هذا مما يختلف فيه الناس فمن يحسن الركوب على السرج لا يضر به ركوبه ومن لا يحسن الركوب عليه يضر به ركوبه

وإذا اعتبر التعيين كان ضامنا بالخلاف ولا أجر عليه

وإذا استأجر إكافا ينقل عليه حنطته شهرا فهو جائز وحنطته وحنطة غيره سواء والجوالق كذلك لأن هنا تعيين غير مفيد وكذلك استئجار المحمل إلى مكة وكذلك الرجل يستأجره ليركب عليه فهو جائز وليس له أن يحمل غيره عليه فإن فعل فهو ضامن إن أصابه شيء للتفاوت بين الناس في الإضرار بالرجل عند الركوب عليه وكذلك الفسطاط يستأجره ليخرج به إلى مكة

فإن أسرج في الخيمة أو الفسطاط أو القبة أو علق فيه القنديل فلا ضمان عليه لأن ذلك معتاد وقد بينا أنه يستحق بمطلق العقد الاستعمال المعتاد

وإن اتخذ فيه مطبخا فهو ضامن لأنه غير معتاد إلا أن يكون ذلك معدا لذلك العمل

وذكر عن الحسن – رحمه الله – قال : لا بأس بأن يستأجر الرجل حلي الذهب بالذهب وحلي الفضة بالفضة وبه نأخذ فإن البدل بمقابلة منفعة الحلي دون العين ولا ربا بين المنفعة وبين الذهب والفضة ثم الحلي عين منتفع به واستئجاره معتاد فيجوز

وإذا شرطت أن تلبسه فألبست غيرها ضمنت ولا أجر عليها كما في الثياب لأن الضرر على الحلي عند اللبس يختلف باختلاف اللابس وإن قال رب الحلي أنت لبستيه وقد هلك الحلي فقد أبرأها من الضمان والضمان واجب له فقوله مقبول في إسقاطه ويكون له عليها الأجر لأن الظاهر شاهد لرب الحلي وقد أقرت هي أن الحلي كان عندها وذلك يوجب الأجر عليها ولو استأجرته يوما إلى الليل

فإن بدا لها فحبسته فلم ترده عشرة أيام فالإجارة عشرة أيام فالإجارة على هذا الشرط فاسدة في القياس لجهالة المعقود عليه أو لتعلق العقد بالخطر فيما بعد اليوم وهو أن يبدو لها وتعليق الإجارة بالخطر لا يجوز ولكني أستحسن وأجيزها وأجعل عليها الأجر كل يوم بحسابه لأن هذا الشرط متعارف محتاج إليه فإنها إذا خرجت إلى وليمة أو عرس لا تدري كم تبقى هناك فتحتاج إلى هذا الشرط لدفع الضرر والضمان عن نفسها ثم قد بينا أن وجوب الأجر عليها عند الاستعمال والخطر قبل ذلك فيزول ذلك عند استعمالها فلهذا يلزمها الأجر لكل يوم تحبسه فيه والله أعلم ." (١)

" (قال – رحمه الله – وإذا أستأجر عبدا للخدمة كل شهر بأجر مسمى فهو جائز) لأنه عقد متعارف وقد كانت الصحابة – رضوان الله عليهم – يباشروا ذلك فهو عمل مباح معلوم في نفسه فيجوز الاستئجار عليه وله أن يستخدمه من السحر إلا أن تنام الناس بعد العشاء الأخيرة لأن بمطلق التسمية يستحق ما هو المتعارف وابتداء الاستخدام من وقت السحر متعارف فمن يبتكر يحتاج إلى أن يسرج الخادم ويهيأ أمر طهوره ويرفع فراش نومه ويبسط ثوب تعبده وكذلك إلى ما بعد العشاء الأخيرة قد يجلسون ساعة خصوصا في زمن طول الليالي ثم يحتاج إلى خادم يبسط فراش نومه ويطوي ثيابه ويطفئ السراج فلهذا كان له أن يستخدمه إلى هذا الوقت وإنما يخدمه كما يفعل الناس فما يكون من أعمال الخدمة معلوم عند الناس يطلبون ذلك من المماليك والخدم ولا يكلفونهم فوق ذلك فكذلك في وسط الليل الاستخدام غير متعارف ولا

---

(١) المبسوط، ٦/٣٣٥

يكون له أن يكلفه ذلك ويكره له أن يستأجر امرأة حرة أو أمة يستخدمها ويخلو بها لقوله - صلى الله عليه و سلم - لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان ولأنه لا يأمن من الفتنة على نفسه أو عليها إذا خلا بها ولكن هذا النهي لمعنى في غير العقد فلا يمنع صحة الإجارة ووجوب الأجر إذا عمل كالنهي عن البيع وقت النداء

وإذا استأجر العبد كل شهر بكذا ففي قول أبي حنيفة - رحمه الله - الأول يطالبه بالأجر شهرا فشهرا وفي قوله الآخر يوما بيوم وقد بينا نظيره

وإن دفع عبده إلى رجل يقوم عليه أشهر مسماة في تعليم النسخ علء أن يعطيه لبمولى كل شهر شيئا مسمى فهو جائز لأنه استأجره ليتعلم عنده وتعليم الأعمال معلوم عند أهل الصنعة فيصح الاستئجار عليه عند بيان المدة وإن كان الأستاذ هو الذي شرط للمولى أن يعطيه ذلك ويقوم على غلامه في تعليم ذلك فهو جائز لأنه يستخدم الغلام ويستعمله في حوائجه واستأجره مدة معلومة بما سمى من البدل وتعليم العمل وكل واحد منهما يصلح عوضا عند الانفراد فكذلك عند الجمع بينهما وكذلك تعليم سائر الأعمال وتعليم الخط والهجاء والحساب

فإن شرط عليه أن يحذقه في ذلك فهو غير جائز لأن التحذيق ليس في وسع المعلم فالحاذقة لمعنى في المتعلم دون المعلم وإن أراد أن يدفع عبده إلى عامل بأجر مسمى سنة فأراد رب العبد أن يستوثق من الأستاذ فإنه يؤاجر الشهر الأول بجميع الأجرة إلا درهما وباقي السنة بنفسه حتى إذا أراد الأستاذ فسخ العقد بعد مضي الشهر لا يتضرر مولى العبد بذلك ويمتنع الأستاذ من ذلك لما لحقه من زيادة الأجر

(قال) (وإن أراد الأستاذ أن يستوثق جعل السنة كلها إلا الشهر الأخير بدرهم والشهر الأخير ببقية الأجر وهذا العقد جائز) لأنهما عقدا عقدين كل واحد منهما في مدة معلومة ببدل معلوم

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : يخالف الأجرين فيجعل أحدهما دنانير والآخر دراهم فهذا أقرب إلى التوثق وإنما قصدا بهذا التحرز عن جهل بعض الحكام كيلا يجعلوا عقدا واحدا لاتصال المدة بعضها ببعض واتحاد جنس الأجر

وإذا دفع غلامه إلى عامل ليعلمه عملا ولم يشترط واحد منهما على صاحبه أجرا أو دفعه على وجه الإجارة فلما علمه العمل قال الأستاذ لي الأجر وقال رب العبد لي الأجر فإني أنظر إلى ما تصنع أهل تلك البلاد في ذلك العمل فإن كان المولى هو الذي يعطي الأجر جعلت عليه أجر مثله للأستاذ وإن كان الأستاذ هو الذي يعطي الأجر جعلت على الأستاذ أجر مثله للمولى لأن العقد كان مطلقا بينهما فيجب حمله على المتعارف ولأن الظاهر شاهد لمن يوافق العرف قوله والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه

قال - رضي الله عنه - كان شيخنا الإمام - رحمه الله - يقول العمل الذي يشترط للأستاذ فيه الأجر في ديارنا عمل المغازل فإنه يفسد الحسب حتى يتعلم وكذلك الذي ينقب الجواهر وما أشبه ذلك من الأعمال الذي يفسد المتعلم بعض ما هو متقوم حتى يتعلم فإذا كان بهذه الصفة فالأجر للأستاذ ولو لم يكن الأجر مسمى عند العقد فيصار إلى أجر المثل

فإذا استأجر الرجل غلاما في عمل مسمى كل شهر بكذا فالعقد لازم على كل شهر واحد لأنه اضاف كلمة كل إلى ما لا يعرف منتهاه فيتأمل أدناه وعد شعر يستعمله فيه بعد ذلك فله الأجر فإذا دخل من الشهر الثاني يوم واحد واستعمله فيه فقد لزمته الإجارة في ذلك لوجود الرضى منهما دلالة وبعد لزوم العقد لا يكون له أن يخرجه إلا من عذر

وإذا أبق العبد من المستأجر فله أن يفسخ الإجارة لتعذر استيفاء المعقود عليه فإن لم يفسخها حتى رجع العبد فالإجارة لازمة له فيما بقي من المدة لزوال العذر

وقد بينا أن الإجارة في حكم عقود متفرقة فيما يفسخ العقد في بعض المدة لفوات المعقود عليه فذلك لا يمنع لزومه فيما بقي من المدة

وإذا استأجر عبدا شهرين شهرا بخمسة وشهرا بستة فهو جائز لأن كل واحد من العقدين يتناول مدة معلومة ببدل معلوم ثم الشهر الأول يجب فيه من البدل ما ذكر أولا إن كان ذكر الخمسة أولا ففي الشهر الأول يجب خمسة لأنه لو اقتصر على المذكور أولا يتعين له الشهر الأول فلا بد من أن يصرف المذكور آخرا إلى الشهر الثاني

وإن استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهم وشهرا بخمسة فالشهران الأولان بدرهم لأن الكلام المبهم إذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير وإنما بدأ بتفسيره بالشهرين الأولين بدرهم وإن استأجر للخدمة بالكوفة فليس له أن يسافر به لأن خدمة السفر أشق من خدمة الحضر فليس له أن يكلفه فوق ما التزم لأن السفر شقة من العذاب فليس له أن يكلفه بمطلق العقد

(فإن قيل) : هو في ملك منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون له أن يسافر بأجيره للخدمة

(قلنا) : إنما يسافر المولى في منافعه بعبده لأنه يملك رقبته وهو لا يملك رقبة أجيره وإنما يملك منافعه بالعقد والمسمى في العقد استخدامه في الكوفة فلا يكون له أن يجاوز ذلك

(ألا ترى) أنه يزوج عبده لملكه رقبته ولا يدل ذلك أنه له أن يزوج أجيره وأن سافر به فهو ضامن لمولاه لأنه صار غاصبا له بالإخراج والاستخدام لا على الوجه المستحق بالعقد ولا أجر عليه لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان** ولأن المعقود عليه منافع العبد بالكوفة ولا يتصور وجود ذلك بعد إخراجه من الكوفة

وإن استأجره بالكوفة ليستخدمه كل شهر بأجر مسمى ولم يشترط الخدمة بالكوفة فهو على الخدمة بالكوفة أيضا وليس له أن يسافر به لأن مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف ولأنه بالعقد يستحق الاستخدام فقط والسفر به وراء الاستخدام وهو يلزم مولاه مؤنة الرد فلا يكون ذلك إلا عن شرط

فإن سافر به بغير إذن مولاه فهو اضمن ولا أجر عليه لما قلنا وليس له أن يضرب العبد فإن ضربه بغير إذن صاحبه فعطب فهو ضامن ثم على قول أبي حنيفة – رحمه الله – ظاهر فقد بيناه في الدابة إن استأجرها أنه لو ضربها فعطبت ضمن عنده ففي العبد أولى

وهما يفرقان فيقولان العبد مخاطب يؤمر وينهى فيفهم ذلك ولا يحتاج إلى ضربه عند الاستخدام عادة فلا يصير مأذونا فيه بمطلق العقد بخلاف الدابة فإنها لا تفهم الأمر والنهي ولا تتفاوت في السير إلا بالضرب فيكون له أن يضربها ضربا متعارفا

وإن دفع الأجر عند غرة الشهر الأول إلى العبد

فإن كان المولى هو الذي أجره لم يبرأ من الأجر لأن حقوق العقد في الإجارة تتعلق بالعاقد والعبد ليس بعاقد ولا مالك للأجر فالدفع إليه كالدفع إلى أجنبي آخر

وإن كان العبد هو الذي أجر نفسه فهو بريء من الأجر لأنه هو العاقد وإليه قبض البدل بحكم العقد وله أن يكلفه كل شيء من خدمة البيت ويأمره أن يغسل ثوبه وأن يخيط ويخبز ويعجن إذا كان يحسن ذلك ويعلق على دابته وينزل بمتاعه من ظهر بيت أو يرقى به إليه ويحلب شاته ويستقى له من ماء البئر فهذا كله يعد من الخدمة وما يكون من الخدمة معلوم عند الناس باعتبار العادة وفي اشتراط تسمية كل ذلك عند العقد حرج والحرج مدفوع وليس له أن يقعده خياطا ولا في صناعة من الصناعات وإن كان حاذقا في ذلك لأنه استأجره للخدمة وهذا العمل من التجارة ليس من الخدمة في شيء

وليس على المستأجر إطعامه إلا أن يتطوع بذلك أو يكون فيه عرفا ظاهرا فله أن يأمره بخدمة أضيافه لأن ذلك من خدمته فالإنسان يستأجر الخادم لينوب عنه فيما هو من حوائجه وخدمة أضيافه من جملة حوائجه وله أن يؤاجره من غيره للخدمة لأن هذا مما لا يتفاوت الناس فيه عادة كسكنى الدار ونحوه ولأن العبد عاقل لاينقاد إذا كلف فوق طاقته وبعد الطاقة لا فرق بين أن يستخدمه المستأجر الأول والثاني

وإن تزوج المستأجر امرأة فقال لها اخدميني وعيالي فله ذلك لأن خدمة العيال من حوائجه وإنما يستأجر الخادم في العادة لذلك وكذلك المرأة إن كانت هي المستأجرة فتزوجت فقالت اخدمني وزوجي فلها ذلك لأنه من حوائجها وهو أظهر فخدمة الزوج عليها فإنما استأجرته لينوب عنها فيما يحق عليها

وإن استأجرت امرأة رجلا ليخدمها فهو جائز وأكره أن يخلو بها حرا كان أو عبدا لما فيه من خوف الفتنة

وإذا استأجر الرجل امرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يجز لأن خدمة البيت مستحقة عليها دينا ومطلوب منها بالنكاح عرفا على ما روى أن النبي – صلى الله عليه و سلم – لما زوج فاطمة من علي – رضي الله عنهما – جعل أمور داخل البيت عليها وأمور خارج البيت عليه ولأن الشرع ألزمه نفقتها لتقوم بخدمة بيته فلا تستحق مع ذلك أجرا آخر وإن سمى

وإن استأجرها لترضع ولدا له من غيرها أو لترعى دوابه أو تعمل عملا سوى خدمة البيت فهو جائز لأن هذا العمل غير مستحق عليها ولا مطلوب بالنكاح منها

وإن استأجرت المرأة زوجها ليخدمها فهو جائز لأن خدمتها غير مستحقة على الزوج وقال في كتاب الآثار له أن يمتنع من الخدمة لأنه يلحقه مذلة بأن يخدم زوجته وذلك عذر في فسخ الإجارة كالحرة إذا أجرت نفسها للظؤرة ولم تكن

معروفة بذلك ولو خدمها كان له الأجر عليها وكذلك لو استأجرته يرعى غنمها أو يقوم على عمل لها فإنه في ذلك كأجنبي آخر

وإن استأجر الرجل ابنه ليخدمه في بيته لم يجز ولا أجر عليه لأن خدمة الأب مستحق على الابن دينا وهو مطالب به عرفا فلا يأخذ عليه أجرا ويعد من العقوق أن يأخذ الولد الأجر على خدمة أبيه والعقوق حرام

وكذلك إن استأجرته الأم لأن خدمتها أوجب عليه فإنها أحوج إلى ذلك وأشفق عليه

وإن كان أحدهما استأجره ليرعيه غنما أو يعمل غير الخدمة جاز فإن ذلك غير مستحق عليه ولا هو مطلوب في العرف وإن استأجر الابن أباه أو أمه أو جده أو جدته لخدمته لم يجز لأنه منهى عن استخدام هؤلاء لما فيه من الإذلال فلا يجوز أن يصير ذلك مستحقا له قبلهم بعقد الإجارة وكيف يستحق هو ولا يترك هو ليستخدم والده ولا الوالدة تخدمه ولكن إن عمل شيئا من ذلك فله الأجر لأن بعد الاستخدام لو لم يوجب عليه الأجر كان معنى الإذلال فيه أكبر ولأنا لم نحكم بصحة العقد في الابتداء لكن لا تصير خدمته مستحقة عليه وقد زال هذا المعنى حتى أقام العمل

وإن كان الابن مكاتبا فاستأجره أبوه لخدمته وأبوه حر غني عن خدمته أو محتاج إليها فهو جائز لأن المملوك لا يلزمه خدمة أحد من أقاربه سوى مولاه فهو في ذلك كأجنبي آخر ولأن خدمته لمولاه ولا سبب بين المولى وبين المستأجر والمكاتب بمنزلة العبد مملوك حتى لا تلزمه نفقة أبيه الحر وإن كان محتاجا فكذلك لا تلزمه خدمته

وإن كان الأب عبدا والابن حرا فاستأجره من مولاه ليخدمه بطل ذلك ولم يجز لأن الابن ممنوع من إذلال أبيه وإن كان عبدا ولهذا يعتق عليه إذا ملكه وفي استخدامه إذلاله ولا يلحقه الذل في أن يخدم ابنه وليس للمرأ أن يذل نفسه فإن عمل جعلت له الأجر لما قلنا

فإن كان الأب كافرا والابن مسلما أو الابن كافرا والأب مسلما فاستأجره لخدمته لم يجز لأن خدمة الأب مستحقة على الابن دينا مع اختلاف الدين

(ألا ترى) أنه يلزمه نفقته فهو كاستئجار ابنه للخدمة إذا كان موافقا له في الدين ويجوز الاستئجار للخدمة بين الأخوة وسائر الأقارب كما يجوز بين الأجانب بخلاف الاستخدام بملك اليمين فإن ذلك يثبت بطريق القهر من غير أن يرضي به الخادم والقرابة القريبة تصان عن مثله فأما هذا عقد يعتمد المراضاة والاستخدام عن تراض لا يكون سببا لقطيعة الرحم بينهما

فإن استأجر الذمي أو المستأمن مسلما لخدمته حرا أو عبدا فهو جائز ولكن يكره للمسلم خدمة الكافر لما فيه من معنى الذل وليس للمؤمن أن يذل نفسه ولكن هذا النهي لمعنى وراء ما به يتم العقد وإن استأجر المسلم ذميا أو مستأمنا لخدمته كان جائزا ولكن لا ينبغي أن يستخدمه في أمور دينه من أمر الطهور ونحوه فربما لا يؤدي الأمانة فيه قال الله تعالى : ﴿ لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ﴾ (آل عمران : ١١٨) أي لا يقصرون في الإفساد من دينكم والله أعلم بالصواب ." (١)

(١) المبسوط، ٣٥٩/٦

" قال – رحمه الله (رجل تحته أمة فأعتقت ثم جاءت بولد لستة أشهر بعد العتق فنفاه فلم يلاعنها حتى اختارت نفسها فالولد لازم له ولا حد عليه ولا لعان) لأن نسب الولد قد ثبت منه بالفراش فلا ينتفي إلا باللعان وباختيارها نفسها بالعتق ثابت منه فلا يجري اللعان بينهما بعد البينونة كما لو أبان امرأته بعد ما قذفها لأن المقصود باللعان قطع النكاح الذي هو سبب المنازعة بينهما وقد انقطع ولا حد عليه لأن قذفه إياه كان موجبا للعان بكونهما من أهل اللعان حين قذفها فلا يكون موجبا للحد لأنهما **لا يجتمعان** بقذف واحد

قال : (رجل اشترى امرأته وهي أمة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر فنفاه فهو لازم له) لأنا تيقنا أن العلوق بهذا الولد حصل من فراش النكاح فلزمه نسبه على وجه لا ينتفي بنفيه وصار ارتفاع النكاح بينهما بالشراء كارتفاعه بالطلاق قبل الدخول وهناك إذا جات بالولد لأقل من ستة أشهر لزمه نسبه فكذلك هنا

وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا فله أن ينفيه وهذا بمنزلة أم الولد له أن ينفيه ما لم يقر به ثم قال بعد هذا بأسطر لا يثبت نسبه منه إلا أن يقر به فوجهه ما قال بعد هذا أن النكاح بالشراء ارتفع لا إلى عدة لأن العدة حق من حقوق النكاح فكما ينافي ملك اليمين أصل النكاح فكذلك ينافي حقوقه فكان هذا نظير الفرقة بالطلاق قبل الدخول وقد جاءت بالولد من مدة يتوهم أن الولد من علوق حادث فلا يثبت نسبه منه . وفي الكتاب علل فقال لأنها أمة يحل فرجها بالملك وحل فرجها بملك اليمين مع حق النكاح **لا يجتمعان** فيتبين أنه لا عدة عليها وصار كأنه لم يدخل بها في فراش النكاح ونسب ولد الأمة لا يثبت من المولى إلا بالدعوة

ووجه هذه الرواية : أنها كانت فراشا له وملك اليمين لا ينافي الفراش فيبقى بعد الشراء من الفرش بقدر ما يجامع ملك اليمين لأن الارتفاع بالمنافي فبقدر المنافي يرتفع وملك اليمين إنما ينافي الفراش الملزم المثبت للنسب فإن أم الولد مملوكة وللمولى عليها فراش مثبت للنسب إلا أن ينفيه فيبقى ذلك القدر هنا له

قال : (فإن أعتقها بعد ما اشتراها وقد كان دخل بها فجاءت بولد لزمه ما بينه وبين سنتين من يوم اشتراها وإن نفاه فعليه الحد وهذا قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد – رحمهما الله –) وفي قول أبي يوسف الآخر – رحمه الله – إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها فكذلك الجواب وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يلزم إلا أن يدعيه فإن ادعاه لزمه وإن كذبته المرأة أما وجوب الحد عليه فلأنه قذفها وهي في الحال محصنة

ثم وجه قول محمد – رحمه الله – أن يقول بأن النكاح ارتفع بالشراء بعد الدخول فيكون موجبا العدة إلا أن هذه العدة لا تظهر في حقه لأنها تحل له بالملك وهي ظاهرة في حق الغير حتى لو أراد أن يزوجها من غيره لم يجز فإذا أعتقها زوال المانع من ظهور العدة في حققه وظهرت العدة في حقه أيضا والمعتدة إذا لم تقر بانقضاء العدة حتى جاءت بالولد لأقل من سنتين يثبت النسب ولأنا قد بينا أن قدر الفراش الذي يثبت للمولى على أم ولده باق بعد الشراء بالعتق زال هذا الفراش وزوال الفراش بالعتق يوجب العدة كما في حق أم الولد فكان ينبغي على هذا الطريق أنها إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين منذ أعتقها أنه يثبت النسب كما في أم الولد ولكن هذا الفراش أثر الدخول الحاصل في النكاح لا في الملك فاعتبرنا مدة السنتين من وقت انقطاع النكاح بالفرش

ووجه قول أبي يوسف الآخر – رحمه الله – أن النكاح ارتفع بالشراء لا إلى عدة لما بينا أن ملك اليمين ينافي حقوق النكاح

(ألا ترى) أن قبل العتق لو جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر لا يلزمه نسبه فبعد العتق كذلك لا يلزمه لأنها بالعتق ازدادت بعد أمته ولهذا لو ادعاه ثبت نسبه منه وإن كذبته المرأة لأن هذا القدر كان ثابتا قبل العتق فيبقى بعده ودعواه بقاء الفراش بعد الشراء ليس بقوي لأنه لا بد للفراش من سبب وملك اليمين بدون الدخول فيه ولا يوجب الفراش وكذلك بعد الدخول ما لم يدع نسب الولد وفراش النكاح من حقوقه فلا يبقى بعد الشراء وإن كان لم يدخل بها

فإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر بعد الشراء فهو ابنه لتيقننا بحصول العلوق في النكاح وإن نفاه فعليه الحد لأنها محصنة بعد العتق وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يلزمه نسبه لجواز أن يكون من علوق حادث بعد ارتفاع النكاح وهذا والطلاق قبل الدخول سواء وإن نفاه فلا حد عليه لأنه صادق في ذلك ولأن في حجرها ولدا لا يعرف له والد فلا تكون محصنة ولو لم يعتقها حين اشتراها لزمه الولد وبطل البيع لأنا تيقنا بحصول العلوق في النكاح وأنها صارت أم ولد له حين اشتراها لأن في بطنها ولدا ثابت النسب منه فإنما با ع أم ولد وبيع أم الولد باطل وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها ولأقل من ستة أشهر منذ باعها

فإن ادعاه ثبت نسبه منه وبطل البيع أيضا لأنه لو لم يسبق النكاح كان هذا الحكم ثابتا بدعوته فعد سبق النكاح أولى وإن جاءت به لأقل من سنتين منذ اشتراها ولأكثر من ستة أشهر منذ باعها فكذلك الجواب عند محمد – رحمه الله – وفي قول أبي يوسف الآخر لا يثبت النسب منه ولا يبطل البيع وهذا بناء على الفصل الأول فإن زوال ملكه بالبيع عنها كزواله بالعتق

وقد بينا هناك أن عند أبي يوسف لا يثبت النسب إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر فهنا كذلك إلا أن هناك لم يثبت فيها حق لغيره فإذا ادعى ثبت النسب منه وهنا قد ثبت فيها حق لغيره وهو المشتري الثاني فلا يثبت النسب منه وإن ادعاه لأن في ثبوته إبطالا للبيع وقوله غير مقبول في إبطال البيع وعلى قول محمد – رحمه الله – هناك حكم ثبوت النسب منه يبقى حكم ثبوت النسب منه وإن زوال الملك بالبيع

وإذا ثبت النسب منه انتقض البيع ضرورة لأنه تبين أنه با ع أم ولده إلا أن محمدا – رحمه الله – هنا يشترط الدعوة منه لأن إقدامه على البيع دليل النفي والقدر الباقي من الفراش بعد الشراء مثبت للنسب على وجه ينتفي بالنفي فلا بد من الدعوى بعد ذلك ليبطل به دليل حكم النفي بخلاف العتق فإنه ليس لدليل النفي

وإن كان المشتري الآخر قد أعتق الولد ثم ادعاه المشتري الأول فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها الأول بطل بيع المشتري وعتقه لتيقننا بأنه با ع أم ولده وأن الولد كان حرا قبل بيعه وإن جاءت لستة أشهر فصاعدا بعد الشراء الأول لم تصح دعوة الشراء الأول لما بعد عتق المشتري الآخر فيه فقد بينا أن عتق المشتري الولد يمنع صحة دعوة البائع وإن لم يكن أعتق الولد ولكنه أعتق أمة فقد بينا أن إعتاق الأم لا يمنع صحة دعوة البائع في الولد فكان هذا وما لم يعتقها سواء في حق الولد على ما بينا من الخلاف

قال : (وإذا أعتق أم ولده ثم تزوجها فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا فإن نفاه لاعن ولزم الولد أمه) لأنها إنما جاءت به من علوق بعد النكاح فإن الحل قائم بينهما فيستند العلوق إلى أقرب الأوقات وهما من أهل اللعان في الحال فيقطع النسب عنه باللعان

وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها لاعن ولزم الولد أباه أما اللعان فإنهما من أهل اللعان في الحال وأما النسب فلأنا تيقنا أن العلوق حصل قبل النكاح فلا يمكن قطع النسب باللعان . وتأويل هذه المسألة إذا كان لأقل من سنتين منذ عتقها حتى يثبت النسب من المولى باعتبار زوال الفراش إلى عدة

قال : (رجل أعتق أمة ولها زوج حر فجاءت بولد بعد العتق لستة أشهر فنفاه الزوج لاعن ولزم الولد أمه وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر لاعن ولزم الولد أباه) لأنهما لم يكونا من أهل اللعان حين علق وولاء الولد لمولى الأم في الوجهين جميعا أما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر فلأنه لا نسب له فهو لمولى الأم وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فلأنه كان مقصودا بالعتق لأنا حكمنا بوجوده في البطن حين أعتقت

قال : (رجل طلق امرأته تطليقة بائنة وهي أمة ثم أعتقت بالولد فإن جاءت بالولد إلى سنتين من وقت الطلاق فالنسب ثابت من الزوج لا ينتفي بنفيه ويضرب الحد) لأنه قذفها وهي محصنة ونسب الولد ثابت لتوهم حصول العلوق بالنكا ح فإنها تقر بانقضاء العدة وولاء الولد لموالي الأم لأنا حكمنا بوجوده في البطن في حين أعتقت فصار الولد مقصودا بالعتق

ولو مات الأب فجاءت بالولد ما بينها وبين سنتين وقد أعتقت بعده بيوم فالولد ثابت النسب وولاؤه لموالي الأم إذ لا فرق بين ارتفاع النكاح بالموت وبين ارتفاعه بالطلاق البائن فإنه يعقب العدة في الوجهين جميعا

قال : (وإذا اشترى امرأته وقد ولدت فأعتقها وتزوجها ثم جاء بولد لستة أشهر منذ تزوجها فنفاه لاعن ولزم الولد أمه وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها أخيرا أو لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها فنفاه لاعن ولزم الولد أباه) لأنها بالشراء صارت أم ولد له وبالعتق صارت محصنة فإذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من النكاح الآخر عرفنا أن العلوق كان سابقا على هذا النكاح فلا ينقطع السبب باللعان ولكن يجري اللعان بينهما لكونها محصنة في الحال ولو لم يتزوجها لزمه الولد ما بينها وبين سنتين من وقت العتق لأنها معتدة فإن نفاه ضرب الحد لأنه قذفها وهي محصنة

قال : (وإن كانت هذه الأمة كتابية فحكم النسب على ما بينا ولكن لا حد عليه بالنفي) لأنها غير محصنة وإن صدقته أن الولد ليس منه لم يصدقا على الولد لأن النسب من حق الولد فإنه يتصرف به فلا يصدقان على إبطال حقه

قال : (رجل مات عن أم ولده فجاءت بولد ما بينها وبين سنتين فنفاه الورثة لم يثبت النسب في قول أبي حنيفة – رحمه الله – من الميت ولم يرث بشهادة القابلة ما لم يشهد به شاهدان) لأنه ليس هنا حبل ظاهر ولا فراش قائم إلا أن يكون المولى قد أقر بأنها حبلى منه فحينئذ يثبت النسب بشهادة القابلة

وإن أقر به الورثة وإقرارهم كإقرار الميت لأنهم خلفاؤه

وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – يثبت النسب في جميع ذلك بشهادة القابلة وقد بينا هذا الخلاف في المنكوحة بعد موت الزوج فكذلك في أم الولد فإن كان المولى كافرا فشهادة الكتابية في ذلك مقبولة وإن كان مسلما لم تقبل إلا شهادة مسلمة لأن هذه الشهادة تقوم على حق المسلم فإن النسب يلزمه فيراعى فيه شهادة شرائطه ." (١)

" (قال) – رحمه الله تعالى – (وإذا أقر أن لفلان عليه دراهم ولم يسمها لزمه ثلاثة دراهم) لأن إقراره حصل بصيغة الجمع وأدنى الجمع المتيقن دراهم ثلاثة والشافعي – رحمه الله – قال أنه يلزمه درهمان بناء على أصله أن أدنى الجمع المثنى لأن في المثنى معنى الأجتماع ولكنا نقول لكلام العرب مبان ثلاثة الفرد ذو التثنية والجمع فذلك دليل على أن الجمع غير التثنية ومن حيث المعقول في المثنى يتعارض الإقرار من الجانبين فلا يترجح فيه أحد الجانبين وفي الثلاثة إنما يعارض فرض المثنى فيغلب فيه معنى الجمع على معنى المفرد ولم يرد في الكتاب على هذا وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف – رحمهما الله – إذا قال له علي دراهم مضاعفة لزمه ستة لأن أدنى الجمع ثلاثة وأدنى التضعيف مرة

(ولو قال له علي دراهم إضعافا مضاعفة يلزمه ثمانية عشر درهما) لأن إضعاف لفظه الجمع فيصير تسعة فبالمضاعفة مرة يصير ثمانية عشر

وكذلك لو قال مضاعفة إضعافا لأن بالمضاعفة يصير ستة والإضعاف جمع

وكذلك لو أقر فقال له علي عشرة دراهم وإضعافها مضاعفة يلزمه ثمانون درهما لأن قوله وإضعافها ثلاثون وهي غير العشرة بحرف العطف فصارت أربعين وبالمضاعفة تصير ثمانين

(وإن قال له علي دراهم كثيرة لزمه عشرة في قول أبي حنيفة – رحمه الله –) لأن أكثر ما يتناول هذا اللفظ مقرونا بالعد عشرة فقال عشرة دراهم ثم قال بعده أحد عشر درهما وعندهما يلزمه مائتا درهم لأن الكثير من الدراهم ما يحصل به الغنى لصاحبه وهو النصاب الذي تجب فيه الزكاة وأبو حنيفة – رحمه الله – يبني الجواب على اللفظ وهما على المعنى المقصود باللفظ

وكذلك لو قال له علي دناينر كثيرة فعليه عشرة دنانير عند أبي حنيفة – رحمه الله – وعندهما عشرون دينارا باعتبار نصاب الزكاة

(ولو قال له علي كذا كذا درهما يلزمه أحد عشر درهما) لأنه ذكر عددين مبهمين مركبين غير معطوفين وأدنى العددين المفسرين بهذه الصفة أحد عشر ولو قال كذا وكذا درهما يلزمه أحد وعشرون درهما لأنه ذكر عددين مبهمين أحدهما معطوف على الآخر وأدنى ذلك في المفسرين أحد وعشرون فكذلك المبهم يعبر به وعلى هذا الدنانير والكيل والوزن حتى إذا قال كذا وكذا مختوما من حنطة كان عليه أحد عشر مختوما

ولو قال له علي كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا لزمه من كل واحد منهما أحد عشر اعتبارا لحالة الجمع بحالة الإقرار بخلاف ما لو قال كذا كذا دينارا أو درهما يلزمه أحد عشر منهما بمنزلة ما لو فسره في الفصلين جميعا ولو قال أحد عشر دينارا أو درهما يلزمه من كل منهما النصف بخلاف ما إذا قال أحد عشر دينارا أو درهما فكذلك عند إبهام العددين

---

(١) المبسوط، ٤٢٢/٦

(ولو قال له علي مال عظيم من الدراهم فعليه ما تجب فيه الزكاة في قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – وهو مائتا درهم) على قياس مذهبهما عند الوصف بالكثرة ولم يذكر قول أبي حنيفة – رحمه الله – هنا

وقيل : مذهبه في هذا الفصل كمذهبهما لأنه في الفصل الأول بنى على لفظ الدراهم وذلك غير موجود هنا والأصح أن قوله بني على حال المقر في الفقر والغنى فإن القليل عند الفقير عظيم وإضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم وكما أن المائتين مال عظيم في حكم الزكاة فالعشرة مال عظيم في قطع السرقة وتقدير المهر بها فيتعارض فيرجع إلى حال الرجل وعلى حاله يبنى فيما بينه

وعلى قول الشافعي – رحمه الله – البيان إلى المقر في ذلك فأي مقدار بين يؤخذ به لأن الإبهام حصل من جهته وهذا بعيد فإنه لو قال علي مال ثم بينه بشيء يقبل ذلك منه ولا يجوز الغاء قوله عظيم ولو قبلنا بيانه في القليل والكثير كناقد ألغينا تنصيصه على وصف العظيم وذلك لا يجوز

(ولو قال علي مال فالقول في بيان مقداره قوله) قال (والدرهم مال) وهذا إشارة إلى أن فيما دون الدرهم لا يقبل بيانه لأن ما دون الدرهم من الكسور لا يطلق اسم المال عليه عادة قال الحسن لعن الله الدانق ومن دنق الدانق

(ولو قال له علي حنطة فالقول في ذلك ما قال ربع حنطة فما فوقه) فإن الربع أدنى المقادير في الحنطة كالدرهم في الفصل الأول

(ولو قال له علي عشرة دراهم ونيف قالقول في النيف ما قال درهم أو أقل منه أو أكثر) لأن النيف عبارة عن زيادة يقال جبل منيف إذا كان مشرفا على الجبال ومنه سمي الأنف لزيادة خلقته في الوجه فكأنه قال عشرة وزيادة واسم الزيادة يتناول الدانق وما زاد فإذا كان بيانه مطابقا للفظه كان مقبولا منه وإن قال له علي بضعة وخمسون درهما فالبضعة ثلاثة دراهم فصاعدا ليس له أن ينقصه عن ثلاثةلأن البضع من ثلاثة إلى سبعة إلى سبعة على ما روي أنه لما نزل قوله تعالى ﴿ سيغلبون في بضع سنين ﴾ (الروم : ٣ ، ٤) خاطر أبو بكر – رضي الله عنه – قريشا على أن الروم تغلب فارس في ثلاث سنين وأخبر بذلك رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فقال – صلوات الله عليه – (كم تعدون البضع فيكم قال من ثلاث إلى سبع فقال – صلى الله عليه و سلم – زد في الخطر وأبعد في الأجل) فهذا دليل على أن البضع ثلاثة

(ولو قال له علي حق أوله قبلي شيء فالقول في بيان مقداره وجنسه قوله) لأن ما صرح به في إقراره ينطلق على ما قل وكثر من المال ولو قال له علي عشرة دراهم ودانق فالدانق فضة لأنه عبارة عن سدس الدرهم والمعطوف من جنس المعطوف عليه . وكذلك لو قال له علي عشرة دراهم وقيراط فالقيراط من الفضة لأن المعطوف من جنس المعطوف عليه وقد بينا فيما سبق أن الدرهم أربعة عشر قيراطا

(ولو قال له علي مائة ودرهم فعليه مائة درهم ودرهم عندنا) وقال الشافعي – رحمه الله – درهم واحد والقول في بيان المائة قوله

وكذلك لو قال مائة ودينار أو مائة وقفيز حنطة فذكر شيئا من الكيل أو الوزن فهو كله على هذا الخلاف

وإن قال مائة وعبد يلزمه العبد والقول في بيان المائة قوله

وكذلك إن قال مائة وثوب في ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن أبي يوسف – رحمهما الله – في قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذلك في قوله مائة وشاة

أما الشافعي – رحمه الله – فقال أنه أبهم الإقرار بالمائة وقوله ودرهم ليس بتفسير له لأنه عطف عليه بحرف الواو والعطف لم يوضع للتفسير لغة فيلزمه ما أقر به مفسرا في الفصول كلها ويكون القول فيما أبهم قوله

وكذلك له علي مائة ودرهمان بخلاف ما لو قال مائة وثلاثة دراهم لأنه عطف أحد العددين المبهمين على الآخر ثم فسره بالدراهم فينصرف التفسير إليهما جميعا لحاجة كل واحد منهما إلى التفسير

وحجتنا في ذلك : قوله (ودرهم) بيان للمائة عادة ودلالة

أما من حيث العادة فلأن الناس يحترزون عن تطويل العبارات فيأتون به للتنصيص على الدراهم عند ذكر كل عدد ويكتفون بذكره مرة وهذا شيء لا يمكن إنكاره

(ألا ترى) إنهم يقولون أحد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل

وأما من حيث الدلالة : فلأن المعطوف مع المعطوف عليه بمنزلة المضاف مع المضاف إليه إذ كل واحد منهما للتعريف ثم المضاف يجعل تعريفا للمضاف إليه إذا كان صالحا له فكذلك المعطوف يجعل تعريفا للمعطوف عليه إذا كان صالحا له والصلاحية موجودة في المكيلات والموزونات لأنها ثبت في الذمة مع جميع المعاملات حالا ومؤجلا ويجوز الأستقراض فيها ولعموم البلوى جعلنا العطف فيها تفسيرا بخلاف قوله وثوب وشاة لأن الثوب لا يثبت في الذمة دينا إلا مبيعا مسلما فيه والشاة لا يثبت دينا في الذمة أصلا يعني به ثبوتا لازما فلم يصلح قوله وثوب أن يكون تفسيرا للمائة لأن قوله على مائة عبارة عما يثبت في الذمة مطلقا ثبوتا صحيحا فلهذا كان البيان إليه وجه رواية أبي يوسف – رحمه الله – أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فإنها لا تقسم قسمة واحدة يتحقق في أعدادها المجالسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم ومالا يقسم قسمة واحدة لا يتحقق في أعداده المجالسة يمكن أن يجعل المفسر تفسيرا للمبهم

(ولو قال له علي مائة ومائة أثواب فالكل من الثياب بالإتفاق لما بينا) أنه عطف العدد المبهم على عدد مبهم ثم فسر بما يصلح أن يكون تفسيرا للكل فيكون الكل من الثياب والقول في بيان جنسها قول المقر

(ولو قال له علي مائتا مثقال فضة وذهبا فعليه من كل واحد منهما النصف) لأنه أضاف العدد المذكور إلى الجنسين والمساواة في الإضافة تقتضي التوزع على سبيل التساوي إلا أن الواجب هنا من كل جنس مثقال بخلاف ما لو قال له علي مائتا درهم ودينار فهناك يلزمه مائة دينار تاما قيل ومائة درهم وزن سبعة لأنه نص على المثاقيل هنا فقال مائتا مثقال ثم فسر بالذهب والفضة فيكون من كل واحد منهما مائة مثقال وهناك أطلق اسم الدراهم والدنانير والدراهم عبارة عن وزن سبعة ثم القول قوله في الجودة والرداءة لأنه ليس في لفظه ما يعين أحد الوصفين وعلى هذا جميع ما يقر به من المكيلات والموزونات بأي سبب أقر به ولو قال له على كر من حنطة وشعير وسمسم فعليه من كل أحد الثلث لأن الكر عبارة عن أربعين قفيزا وقد فسره بالأجناس والثلاثة فيكون من كل جنس الثلث

(ولو قال له على قفيز من حنطة وشعير الإربعا فإن الاستثناء جائز) لأنه بعض ما يتناول كلامه وعليه ثلاثة أرباع قفيز من كل واحد النصف إعتبارا لإقراره ببعض القفيز بإقراره بالكل

وكذلك لو قال له قبلي مثاقيل من مسك وزعفران وكذلك لو قال لفلان وفلان علي قفيز من حنطة وشعير فعليه لهما من كل واحد منهما نصف قفيز للتسوية بينهما في الإقرار والتسوية بين الجنسين في التفسير وإن قال استودعني ثلاثة أثواب زطي ويهودي كان القول قوله فإن شاء قال يهودي وزطيان فيقبل قوله مع يمينه لأن الثوب الواحد لا يتبعض فتعين أحد الثلاثة يهوديا والآخر زطيا بقي الثالث مترددا بين وصفين فإن بينه باليهودي فقد التزم الزيادة وإن بينه بالزطي فالقول قوله مع يمينه بمنزلة ما لو قال له علي ثوب زطي أو يهودي

(ولو أقر أن الدين الذي له على فلان لفلان وكان المقر له على فلان مائة درهم في صك وعشرة دنانير في صك فقال المقر عنيت أحدهما وإدعاهما المقر له فهما جميعا للمقر له) وأما صحة الإقرار بالدين فلأنه إخبار من الغائب عن واجب سابق وذلك يتحقق في الديون كما يتحقق في الأعيان بخلاف لتمليك إبتداء وتصحيح الإقرار ليس على وجه تصحيح التمليك فإن الإقرار بالخمر صحيح وتمليكها إبتداء لا يصح من المسلم ثم أدخل الألف واللام في قوله الدين الذي على فلان وذلك للجنس عند عدم المعهود فيتناول جنس ماله على فلان نصا فقوله بعد ذلك عينت أحدهما يكون رجوعا

(ولو غاب المقر لم يكن للمقر له أن يتقاضى المال من الغريم وإن صدقة الغريم) لأنه أقر له بذلك ولا يجبر على الدفع إليه لأنه أقر له بالملك لا بحق القبض وليس من ضرورة كون الدين ملكا للمقر له أن يكون حق القبض إليه فإن للوكيل بالبيع حق قبض الثمن وهو ملك للموكل ولهذا قال لو دفعه الغريم إليه برئ كما لو دفع المشتري الثمن إلى الموكل وفي الأصل علل في المسألة فقال لأن في هذا قضاء على الغائب وفي هذا التعليل نظر فإن القضاء على الغائب بالإقرار جائز ولكن مرده أن يقال أن في هذا إبطال حق القبض من غير حجة وكذلك لو أقر بنصف الدين الذي له على فلان لغيره جاز والمقر هو الذي يتقاضى فيعطي المقر له نصف الدين الذي له على فلان لغيره جاز والمقر هو الذي يتقاضى فيعطي المقر له نصف ما يستوفي لما بينا في الفصل الأول

فإن ادعى المقر له الضمان على المقر وقال أديته بغير أمري فإن قال المقر له للمقر ذلك فالقول للمقر ولا ضمان عليه لأنه ليس من ضرورة صيرورة المال دينا عليه مباشرة لأدائه فلعله صار دينا عليه باستهلاك منه أو بأدائهما جميعا فالمقر له يدعي عليه بسبب الضمان وهو منكر فإن قال أديته بأمرك كان ضامنا لنصيبه بعد أن يحلف المقر له ما أذن له في ذلك لأنه أقر بالسبب الموجب للضمان عليه وادعى المسقط وهو الإذن

(ولو كان لرجل على رجل كر شعير وكر تمر وكر حنطة فأقر أن نصف طعامه الذي على فلان لفلان فله نصف الحنطة خاصة) لأن ذكر الطعام مطلقا يتناول الحنطة ودقيقها ولهذا لو حلف لا يشتري طعاما أو وكل وكيلا بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الحنطة ودقيقها خاصة لأن ذكر الطعام مطلقا يتناول الحنطة ودقيقها فإن بائعها يسمى بائع الطعام وسوق الطعام الموضع الذي يباع فيه الحنطة ودقيقها ولهذا لو حلف لا يشتري طعاما أو وكل وكيل بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الحنطة ودقيقها خاصة والإقرار من جنس التجارة فمطلق لفظ الطعام فيه يتناول الحنطة دون الشعير

(ولو قال له عندي ألف درهم قرض ووديعة فهو ضامن لنصفها قرضا والنصف الآخر وديعة) لأن قوله قرض ووديعة تفسير للألف فيتنصف بينهما إذ هما **لا يجتمعان** في محل واحد وكذلك لو قال مضاربة وقرض فإن وصل الكلام

فقال مائة منها قرض وتسعمائة مضاربة فالقول قوله لأن ظاهر كلامه أنه ينزل على النصف من كل واحد منهما مع احتمال التفاوت وكان هذا بيانا معتبرا لظاهر لفظه بما هو محتمل ومثل هذا البيان يصح موصولا لا مفصولا وكذلك لو قال له قبلي كر من حنطة وشعير الحنطة محتوم والشعير تسعة وثلاثون محتوما قبل بيانه موصولا لما قلنا

(ولو قال له عندي ألف درهم هبة أو وديعة فإنها وديعة ولا يكون هبة) لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض وهو لم يقبضها وكانت وديعة ولو قال غصبتك شياها كثيرة فهو على أربعين شاة لما قلنا أن التنصيص على ما يستفاد به الغنى من هذا الجنس وأدناه أربعون شاة ولو قال غضبتك إبلا كثيرة فهو خمسة وعشرون لأن الكثير ما يحتمل الوجوب من جنسه فإما الخمسة وإن كانت نصاب الزكاة ولكنها قليلة من هذا الجنس ولقلتها لا تحتمل الوجوب من جنسها والكثير من هذا الجنس ما يحتمل الوجوب من جنسه وأدنى ذلك خمسة وعشرون

وإذا قال حنطة كثيرة فهي خمسة أوسق في قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – بناء على أصلهما أن النصاب الذي يجب فيه العشر خمسة أوسق والوسق ستون صاعا

ولم يبين قول أبي حنيفة – رحمه الله – فيه وقيل البيان فيه إلى المقر على قوله بعد أن يبين أكثر مما يتناوله اسم الحنطة إن لو أقر بها مطلقا لأنه لو أقر بالحنطة مطلقا وبينه بالربع كان مقبولا منه

فإذا نص منه على صفة الكثرة لا بد من أن يبين أكثر من ذلك على وجه يحتمله هذا اللفظ لو أقر أن الوديعة التي عند فلان لفلان فهو جائز وليس للمقر له أن يأخذها من المستودع ولكن المقر يأخذها فيدفعها إليه على قياس ما بيناه في الدين وفي هذا بعض أشكال فإن قبض الوديعة إلى صاحبها ولكنه اعتبر إقراره وليس من ضرورة ملك العين له ثبوت حق القبض له لجواز أن يكون المقر مرتهنا فيه أو بائعا من المقر له وكان محبوسا عنده باليمين في يد المودع فلهذا كان حق القبض إلى المقر وإن دفعها المستودع إلى المقر له برئ على قياس ما بينا في الدين وهذا لأن وجوب الضمان عليه بالمحتمل لا يكون بل بحق ثابت للمقر في العين وذلك ليس بظاهر وإن كانت له عنده ودائع فقال عنيت بعضها لم يصدق لإدخاله الألف واللام في قوله الوديعة كما بينا في الدين

فإن قال فلان ما استودعني المقر شيئا وقال المقر له استودعتها إياه بغير أمري فالمقر ضامن لها بعد أن يحلف المقر له ما أمره بذلك لأنه أقر بالإيداع هنا وهو فعل موجب للضمان عليه إلا أن يثبت الإذن ولم يثبت الإذن إذا حلف المقر له

وإن أقر بالأمر وقال المستودع قد رددتها إلى المقر أو قال دفعتها إلى المقر له أو قال قد ضاعت فالقول في ذلك قوله مع يمينه لأنه أمين أخبر بما هو مسلط عليه ولكن الذي يلي خصومته في ذلك واستحلافه المقر إذا كان أودعه بإذن المقر له لأن حق الاسترداد إليه فتكون الخصومة له مع المودع في الاستحلاف وذكر في الأصل من هذا الجنس مسألة أخرى إذا قال له على ألف فالقول في بيانه قوله لأنه لم يفسره بشيء فالقول في تفسيره إليه سواء فسره بما يتفاوت من العدديات أو لا يتفاوت

وذكر ابن رستم عن محمد – رحمهما الله – أنه إذا قال له على غير الألف فعليه ألفان

ولو قال له علي غير درهم فعليه درهمان لأن الغير اسم لما يقابل الشيء فيوجب المغايرة فيه وفي الدراهم إنما ثبت ذلك بدرهم آخر وفي الألف بألف آخر وفيما دونه لا يتغير اللفظ الأول لأنه يقال ألف ومائة وتسعمائة فإنما يثبت المغايرة بألف آخر فيلزمه ألفان والله أعلم ." (١)

" (قال رحمه الله) (وإذا ادعى عبدا في يدي رجل فلم يقدمه إلى القاضي وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد في يدي المطلوب وأقام المدعي البينة أن العبد عنده فإن القاضي يقضي له بقيمة العبد على المطلوب وإن شاء على الكفيل) لأنه ثبت بالبينة أن العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل رد القيمة عند تعذر رد العين كما أنها واجبة على الأصيل

وإن لم يقم البينة ولكن المطلوب نكل عن اليمين فقضى عليه القاضي بالعبد فمات العبد قبل أن يقبضه فإنه يقضي له بقيمته على الأصيل دون الكفيل لأن نكوله كإقراره أو كبدله فلا يكون حجة على الكفيل إلا أن يقر الكفيل بمثل ذلك أو يأبى اليمين فيلزمه مثل ما يلزم المطلوب

ولو غصب رجل عبدا فضمنه رجل لصاحبه فهو ضامن له حتى يأتي به فإن هلك فعليه قيمته لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل والقول قول الكفيل في قيمته لإنكاره الزيادة كالأصيل

فإن أقر الغاصب بأكثر من ذلك لزمه الفضل بإقراره ولا يصدق على الكفيل

ولو اشترى رجل جارية من رجل فقبضها وجاء آخر فادعاها وأخذ بها كفيلا وأقام البينة أنها جاريته فقضى له بها فقال المطلوب قد ماتت أو أبقت وقال الطالب : كذبت فإني أحبس الكفيل حتى يأتي بها كما أحبس فلانا الأصل حتى يثبت إباقها فإن طال ذلك يعني مدة الحبس ضمنهما قيمتها مراعاة لحق الطالب إذا طلب

وإن قال هي بمائة درهم وحلفا عليها وقال الطالب : ألف درهم ضمنهما مائة درهم لأن الزيادة انتفت أن تكون قيمتها ما لم يقم البينة بها ويأخذ بها أيا شاء فإذا ظهرت الجارية بعد ذلك فهو بالخيار إن شاء أخذ الجارية ورد القيمة وإن شاء سلم الجارية وسلمت المائة له وقد بينا هذا في كتاب الغصب

قال : (ولا يسع الغاصب أن يطأها ما كان للمغصوب منه فيها خيار) لأن المغصوب منه يملك الجارية من الغاصب بالقيمة فيكون بمنزلة تمليكها بالبيع وما بقي له الخيار يعني للبائع فليس للمشتري أن يطأها فهذا مثله ولو كانوا تصادقوا على القيمة أو قامت لهما بينة أو نكلا عن اليمين فأخذها المغصوب منه ثم ظهرت الجارية لم يكن للمغصوب منه عليها سبيل لأن قبضه القيمة رضا منه بخروجها عن ملكه فإن البدل والمبدل **لا يجتمعان** في ملك وكان للغاصب أن يطأها بعد أن يستبرئها بحيضة لتمام التملك فيها

وإذا كان عبد في يدي رجل فادعاه رجل وأخذ منه كفيلا به . ووكل في خصومته ولم يغب المطلوب وغيب العبد فإن الكفيل يحبس حتى يجيء به بعينه لأنه التزم بالكفالة إحضاره وكذلك لو ظهر المطلوب وغيب العبد حبس حتى يأتي به لأنه في تغييبه قاصدا الإضرار بالمدعي فإنه لا يتمكن من إقامة البينة على استحقاق العين إلا بمحضر منه

---

(١) المبسوط، ٦/٤٨٠

فإن قال المدعي أنا آتي بالبينة أنه عبدي قبل ذلك منه ليستحق به العين إن قدر عليه والقيمة إن لم يقدر على العبد

فإن شهد شاهداه أنه العبد الذي ضمن هذا به وسمياه وجلياه عند فلان قضيت له بالعبد على الكفيل فإن أتى به وإلا قضيت له بقيمته بعد أن يحلف المدعي بالله ما خرج من ملكه بوجه من الوجوه

قيل : إنما يحلف على هذا عند طلب الكفيل

وقيل : بل يحلف عليه وإن لم يطلب الكفيل على وجه النظر من القاضي للغائب والصيانة لقضائه وإن شهد شاهداه أن العبد الذي يقال له فلان الفلاني وجلياه لفلان لم أقبل ذلك لأن الاسم يوافق الجلية فلا يثبت بهذه البينة أنه ضامن للعبد المشهود به أنه ملك للمدعي ولكن الكفيل يحبس حتى يأتيه به لأنه التزم إحضاره بالكفالة قبل هذه البينة

فإن مات الكفيل أخذ به المدعى عليه إن ظهر العبد حتى يأتي به بعد أن يوافق جلية العبد الذي ظهر بشهادة الشهود ليتمكن المدعي من إثبات ملكه بالبينة فإن لم يأت المولى بالعبد جليت عنه لأن المولى ما ضمن شيئا ولم يثبت عليه شيء بالبينة التي قامت على الاسم والجلية وليس المولى في هذا كالكفيل لأن الكفيل التزم الإحضار بكفالته فلا بد من أن يأتي به والمولى لم يضمن شيئا فلا يحبسه القاضي ولا يلزمه شيئا من غير حجة

وإذا كان العبد في يد رجل فادعاه آخر وكفل به رجلان فأقام المدعي البينة أنه عبده حبس الكفيلان حتى يدفعاه إليه

ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل بألف درهم لرجل فقال أحدهما إلى سنة وقال الآخر : حالة وادعى الطالب حالة وجحد الكفيل أو أقر وادعى الأجل فالمال عليه في الوجهين من قبل أن الطالب لم يكذب شاهده فيما شهد له به وإنما أكذبه فيما شهد به عليه والشاهد بالأجل للكفيل واحد

وإن لم يكن له بينة أخذ الكفيلان بإحضار ما التزما إحضاره بالكفالة فإن قالا قد مات العبد أو أبق وأقاما على ذلك بينة فإني أخرجهما من السجن لأنهما حبسا لإحضاره وقد ثبت بهذه البينة عجزهما عن إحضاره ولكن لا أبرئهما من الكفالة لأن بتلك الكفالة هما ضامنان للقيمة إذا ثبت ملك الطالب في العبد بالحجة وادعى الطالب بشهوده أن العبد عبده

فإن أقام على ذلك بينة أخذ كل واحد من الكفيلين بنصف القيمة وإن لم يكن له بينة فلا ضمان على الكفيلين لأن الحق لم يثبت على الكفيل ويؤجل الكفيلان في الإباق أجلا حتى يأتيانه . وقد بينا هذا الحكم في الكفالة بالنفس إذا غاب الأصيل عن البلدة

وإذا ادعى الرجل في يدي الرجل أرضا أو حماما أو بستانا وقال : بينتي حاضرة أخذ له منه كفيل بالمدعى به لأن العقار لا يغيب ولا يحرك ولا يحول ولأنه لا حاجة إلى إحضاره مجلس لحكم لتقع الإشارة إليه في الدعوى والشهادة

ولو استودع رجل رجلا عبدا فجحده ذلك وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد وأقام رب العبد البينة أنه استودعه وقال : لا يدري ما كانت قيمته يوم كفل به الكفيل فالمستودع ضامن لقيمته يوم استودعه على ما شهدت الشهود لأنه ثبت وصوله إلى يده وعلى هذه القيمة والجحود موجب عليه ضمان تلك القيمة باعتبار تلك اليد ولا يضمن الكفيل

من قيمته إلا ما يقر به بعد أن يحلف لأن الكفيل إنما يضمن بعقد الكفالة لاعتبار يد المستودع ولم يثبت بالبينة مقدار قيمته عند الكفالة ولكن ما عرف ثبوته فالأصل بقاؤه وهذا نوع من الظاهر يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا لإثبات الاستحقاق فلهذا لا يضمن الكفيل من قيمته إلا ما يقر به بعد أن يحلف

ولو كان العبد يوم اختصموا فيه أعمى وجحده المستودع فشهد الشهود أنه استودعه وهو صحيح يساوي ألفا فكفل به الكفيل وهو أعمى فرفعوه إلى القاضي وهو كذلك ثم مات في يد المستودع وزكى شهوده فالمستودع ضامن قيمته أعمى على الحال الذي جحد فيها وكذلك الكفيل لأن المستودع إنما يصير ضامنا عند الجحود وقد علم القاضي تغيره عن القيمة التي شهدت بها الشهود فلا تعتبر تلك القيمة في القضاء عليه بخلاف الأول

(ألا ترى) أنه لو علم هلاكه قبل الجحود لم يضمنه شيئا ولو لم يعلم بذلك ضمنه قيمته فكذلك إذ علم فوات جزء منه وكذلك لو لم يعلم ولكن السوق اتضعت وجحده يوم جحده وهو يساوي خمسمائة وعلم ذلك القاضي لم يضمنه إلا قيمته خمسمائة

ولو لم يعلم ذلك ضمن المستودع ألف درهم كما شهد به الشهود ولم يقبل منه بينة على اتضاع السوق لأن المقصود بهذه البينة النفي والبينات للإثبات لا للنفي

(ألا ترى) أنه بعد ما جحد لو قال قد مات العبد لم ألتفت إلى قوله ولم أقبل منه بينة عليه لأن المقصود بهذه البينة نفي الضمان عنه إلا أن يعلم القاضي أنه مات قبل جحوده أو يقر الخصم به ولو استعار دابة من رجل إلى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان ضمنها

ولو أعطاه كفيلا بها جاز لأنه صار غاصبا ضامنا بالمجاوزة وكذلك المستودع إذا جار في بعض الوديعة جازت الكفالة بقدر ما جار فيها لأنها أمانة في يد المودع ولو اشترى عبدا من رجل ونقده الثمن وأخذ منه كفيلا بالعبد حتى يدفعه إليه فمات العبد لم يكن على الكفيل شيء لأن العقد قد انفسخ بموته قبل القبض وبريء الأصيل عن تسليم عينه فكذلك الكفيل والكفيل ما ضمن الثمن فلا يطالب بشيء منه

وكذلك لو كان ضمن الدرك في العبد لأن الهلاك قبل التسليم ليس بدرك وإنما الدرك للاستحقاق ولو قبضه ثم وجد به عيبا فرده لم يكن على الكفيل شيء لأن العيب ليس بدرك ولو لم يجد به عيبا ولكن استحق بصفة فرد المشتري النصف الباقي لم يضمن الكفيل إلا ثمن النصف المستحق لأن الدرك تحقق في ذلك النصف الآخر فإنما رده المشتري بعيب التبعيض وذلك ليس بدرك

وإذا كفل رجل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن لم يكن على الكفيل شيء لأن عين الرهن أمانة في يد المرتهن والزيادة على مقدار الدين من مالية الرهن أمانة فلا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة

ولو كان ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكان الرهن قيمته تسعمائة والدين ألفا ضمن الكفيل مائة درهم لأنه التزم بالكفالة دينا مضمونا في ذمة الأصيل

ولو أن جارية بين رجلين أخذها أحدهما بغير أمر صاحبه فكفل رجل لصاحبه بنصيبه منها جاز لأن الآخذ غاصب ضامن لنصيب شريكه ولو كان أخذها برضاه لم يجز لأن نصيبه أمانة في يد القابض

ولو استعار الرهن من المرتهن على أن أعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن كان خارجا من الرهن لأن ضمان الاستيفاء باعتبار يد المرتهن ولم يبق بعد ما استعاره الراهن ولم يلزم الكفيل شيء لأنه لا ضمان للمرتهن على الأصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا شيئا

ولو كان أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لأن الراهن ضامن مالية العين هنا

(ألا ترى) أنه لو هلك في يده يضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب

ولو استقرض من رجل مالا على أن يعطيه فلانا عنده رهنا وكفل له بذلك الرهن كفيل فلا ضمان على الكفيل لأن الرهن لا يكون إلا بالقبض فقبل القبض ليس هنا شيء مضمون على الأصيل لتصح الكفالة به

ولو أجر عبدا أو دابة وعجل الأجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه إليه فالكفيل يؤخذ به ما دام حيا لأن التسليم مستحق على الأصيل وهو مما تجري فيه النيابة فتصح الكفالة به

فإن هلك ما استأجره لم يكن على الكفيل شيء لأن الإجارة انفسخت وخرج الأصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وإنما عليه رد الأجر والكفيل ما كفل بالأجر ولو أوصى لرجل بأمة وهي حبلى ولآخر بما في بطنها وهي تخرج من الثلث فأخذ صاحب الحبل من صاحب الأمة كفيلا بما في بطنها لم يجز لأن ما في البطن غير مضمون على صاحب الأمة

وكذلك لو دفع الأمة إلى صاحب الولد تكون عنده على أن أعطاه بها كفيلا لم تجز لأنه أمين فيها حين قبضها بإذن صاحبها

ولو أخذها بغير أمره وأعطاه بها كفيلا جاز لأنه غاصب لها ضامن ولو أخذ صاحب الأمة الأمة بغير رضا صاحب الولد وأعطاه كفيلا بالولد لم يجز لأنه بأخذ الأم لا يصير غاصبا ضامنا لما في بطنها

ولو أوصى لرجل بخادم ولآخر بخدمتها فإنها تكون عند صاحب الخدمة

فإن أخذ منه صاحب الرقبة كفيلا بها وقد أخذها صاحب الخدمة بإذنه لم يكن على الكفيل شيء لأنه أخذها بحق مستحق له تبرعا فلا يكون ذلك الأخذ موجبا عليه ضمانا فلا يلزم الكفيل ذلك بالكفالة

ولو أخذها صاحب الرقبة بغير إذن صاحب الخدمة ثم أعطاه كفيلا بها حتى يسلمها إليه أخذ بها الكفيل لأن تسليم العين إلى صاحب الخدمة مستحق على صاحب الرقبة هنا وهو مما تجري فيه النيابة فيصح التزامه بالكفالة فإن ماتت برئ الكفيل لأن حق صاحب الخدمة بطل بموتها وسقطت المطالبة عن صاحب الرقبة بالتسليم

وكذلك لو كانت الوصية بالغلة مكان الخدمة ولو أن رجلا با ع من رجل عينا فادعى رجل فيه دعوى فأراد المشتري أن يأخذ من البائع كفيلا بنفسه أو بما أدركه في ذلك لم يكن له ذلك لأن بمجرد الدعوى على المشتري لا يستحق المدعي على البائع شيئا فلا يجبر على إعطاء الكفيل ولكنه لو أعطاه كفيلا بما أدركه في ذلك جاز بمنزلة ما لو أعطاه ذلك عند الشراء أو بعده قبل دعوى المدعي

ولو ادعى ذمي قبل ذمي خمرا أو خنزيرا بعينه فأخذ منه به كفيلا من أهل الذمة جاز وإن كفل به مسلم لم يجز لأن الخمر والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم فلا يصح منه التزام تسليمه بالكفالة كما لا يصح في سائر العقود وإن هلك ذلك عنده ثم ضمنه المسلم له ثم أقام المدعي على ذلك شهودا مسلمين ضمن قيمة الخنزير ولم يضمن الخمر لأن الخنزير

مضمون بالقيمة عند الهلاك وقيمته دراهم أو دنانير فتصح الكفالة بها من المسلم وأما الخمر فإنها مضمونة بالمثل فلا تصح الكفالة بها من المسلم كما لا تصح الكفالة بالعين حال قيامها

ولو تقبل من رجل بناء دار معلوم أو كراب أرض معلوم أو كرى نهر معلوم فأعطاه بها كفيلا كان جائزا لأن هذا عمل مستحق على الأصيل مضمون بالعقد وهو مما تجري النيابة في إيفائه

وكذلك لو أكراه إبلا إلى مكة فأعطاه كفيلا بذلك جاز لأن تسليمها مستحق على الأصيل ولو كانت الإبل بأعيانها فأعطاه كفيلا بها كان جائزا ما دامت قائمة بأعيانها لأن الأصيل مطالب بتسليمها بالعقد فإذا هلكت فقد انفسخ العقد وبرئ الأصيل عن التسليم فلا ضمان على الكفيل فلو أعطاه كفيلا بالحمولة لم يجز فيما كان بعينه لأنه لا تجري النيابة فيه فإن إبل الكفيل لا تقوم مقام تلك الحمولة المعينة في إيفاء المعقود عليه وجاز فيما كان بغير عينه لأنه مستحق على الأصيل بالعقد وهو مما تجري فيه النيابة بإيفائه وإنما يلتزم الكفيل تسليم ما يقدر على تسليمه

وإذا كتب ذكر حق على رجل وكتب فيه وكل واحد منهما ضامن له وأيهما شاء فلان أخذه بهذا المال إن شاء أخذهما جميعا وإن شاء شتى كيف شاء وكلما شاء حتى يستوفي منهما هذا المال وإنما يكتب ذلك احتياطا لصاحب الحق من اختلاف القضاة فإن المذهب عندنا أنه إذا كفل بمال فللطالب أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال كيف شاء وكلما شاء

وقال ابن أبي ليلى – رحمه الله – برئ الأصيل والمال على الكفيل إلا أن يشترط على كل واحد منهما كفيل عن صاحبه أجزته وأيهما أجاز أبرأت الآخر إلا أن يشترط أن يأخذهما جميعا أو شتى فأدخلا في الصك جميعا أو شتى لذلك

وقال شريك بن عبدالله – رحمه الله – إن أدخلا جميعا أو شتى أجزته فإن اختار أحدهما لم يكن له أن يأخذ الآخر إلا أن يفلس هذا أو يموت ولا يترك شيئا فأدخلا في الصك كيف شاء وكلما شاء حتى يكون له الاختيار كل مرة وهذا لأن الكتاب للتوثق فينبغي لكل من يكتب الكتاب أن يحتاط لصاحبه بكل ما يقدر عليه من التوثق ويحتاط للتحرز عن اختلاف القضاة عملا بقوله تعالى : ﴿ فليؤد الذي ائتمن أمانته ﴾ (البقرة : ٢٨٣) والله أعلم بالصواب ." (١)

" (قال رحمه الله) : وإذا كانت الأرض بين رجلين فاشترطا على أن يعملا فيها جميعا سنتهما هذه ببذرهما وبقرهما فما خرج فهو بينهما نصفان فهو جائز لأن كل واحد منهما عامل في نصيبه من الأرض ببذره وبقره غير موجب لصاحبه شيئا من الخارج منه فإن اشترطا أن الخارج بينهما أثلاثا كان فاسدا لأن الذي شرط لنفسه الثلث كأنه دفع نصيبه من الأرض والبذر إلى صاحبه مزارعة بثلث الخارج منه على أن يعمل هو معه وذلك مفسد للعقد ولأن ما شرط من الزيادة على النصف لصاحب الثلثين يكون أجره له على عمله وإنما يعمل فيما هو شريك فيه فلا يستوجب الأجر فيما هو شريك فيه على غيره ولو كان البذر منهما أثلاثا والخارج كذلك كان جائزا لأن الذي شرط لنفسه ثلث الخارج كأنه أعار شريكه ثلث نصيبه من الأرض وأعانه ببعض العمل وذلك جائز ولو اشترطا أن الخارج نصفان كان فاسدا لأن الذي كان منه ثلث البذر شرط لنفسه بعض الخارج من بذر شريكه وإنما يستحق ذلك بعمله والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجر على غيره إذ هو يصير دافعا سدس الأرض من شريكه مزارعة بجميع الخارج منه وذلك فاسد ثم الخارج بينهما على قدر

(١) المبسوط، ٧/٥٥

بذرهما وعلى صاحب ثلثي البذر أجر مثل سدس الأرض لشريكه لأنه استوفى منفعة ذلك القدر من نصيبه من الأرض بعقد فاسد ويكون له نصف الزرع طيبا لا يتصدق بشيء منه لأنه رباه في أرض نفسه وأما سدس الزرع فإنه يدفع منه ربع بذره الذي بذره وما غرم من الأجر والنفقة فيه يتصدق بالفضل لأنه رباه في أرض غيره بعقد فاسد ويكون له نصف الزرع طيبا لا يتصدق بشيء منه لأنه رباه في أرض غيره بعقد فاسد ولو كان الخارج والبذر بينهما نصفين والعمل عليهما جميعا إلا البقر فإنهما اشترطاه على أحدهما بعينه خاصة جاز والخارج بينهما نصفان لأن صاحب البقر معين لصاحبه ببقره حين لم يشترط لنفسه شيئا من الخارج من بذر صاحبه ولو اشترطا لصاحب البقر ثلثي الخارج كانت المزارعة فاسدة لأن الذي شرط لنفسه الثلث كأنه استأجر البقر من صاحبه بثلث الخارج من نصيبه واستئجار البقر في المزارعة مقصودا لا يجوز والخارج بينهما نصفان على قدر بذرهما ولصاحب البقر أجر مثل بقره فيما كربت لأنها كربت الأرض قبل أن تقع الشركة بينهما في الزرع فكان مستوفيا هذه المنفعة من بقره بحكم عقد فاسد ولو اشترطا البذر من عند أحدهما بعينه والبقر من الآخر والخارج بينهما نصفان لم يجز لأن صاحب البقر يصير دافعا أرضه وبقره مزارعة بنصف الخارج وقد شرط في ذلك عمل رب الأرض والبقر مع صاحب البذر وكل واحد من هذين بانفراده مفسد للعقد فإذا حصل الخارج فهو كله لصاحب البذر ولصاحب البقر أجر مثل بقره وأجر مثل عمله وأجر مثل حصته من الأرض على صاحب البذر ثم يطيب نصف الزرع لصاحب البذر لأنه رباه في أرض نفسه ويأخذ من النصف الآخر نصف ما غرم لصاحب البقر من أجر مثل بقره وأجر عمله وجميع ما غرم له من أجر مثل الأرض ونصف البذر مع نصف ما أنفق فيه ويتصدق بالفضل لأنه ربى هذا النصف في أرض غيره بعقد فاسد وكذلك لو اشترطا لصاحب البذر ثلثي الخارج وللآخر ثلث الخارج فهذا وما سبق في النخريج سواء لاستوائهما في المعنى وإذا دفع الرجلان أرضا لهما وبذرا إلى رجل على أن يزرعها سنته هذه فما خرج فنصفه لأحد صاحبي الأرض وللآخر الثلث وللعامل السدس فهذه مزارعة فاسدة لأن أحد الدافعين صار مستأجرا للعامل أن يعمل في نصيبه بجزء مما يخرجه نصيب صاحبه فإنه شرط لنفسه نصف الخارج وذلك جميع ما تخرجه أرضه وبذره فعرفنا أنه جعل أجر العامل في نصيبه جزءا من الخارج من نصيب صاحبه وذلك لا يجوز والخارج بينهما نصفان على قدر بذرهما وللعامل أجر مثل عمله فيما عمل ولو كان العامل حين اشترط السدس سمى أن ذلك السدس من حصة أحدهما خاصة وهو الذي شرط لنفسه السدس فهذا تصريح بالمعنى المفسد للعقد فلا يزداد العقد به إلا فسادا ولو دفع رجل إلى رجل أرضا مزارعة بالنصف واشترط حفظ الزرع حتى يستحصد على رب الأرض والبذر من قبله أو من قبل العامل فالمزارعة فاسدة لأن هذا شرط يعدم التخلية بين الأرض وبين العامل في مدة المزارعة فيفسد به العقد ولو شرط الكراب على رب الأرض فإن كان البذر من قبل العامل فالعقد فاسد وإن كان من قبل رب الأرض فالعقد جائز لأنه إذا كان البذر من قبل العامل فالعقد في جانب رب الأرض يلزم بنفسه وهذا الشرط يعدم التخلية بعد لزوم العقد وإن كان من جانب رب الأرض فلزوم العقد في جانبه إنما يكون بعد إلقاء البذر في الأرض والكراب يسبق ذلك فكأنه استأجره لعمل الزراعة في أرض مكروبة وإذا كان النخيل بين

رجلين فدفعه أحدهما إلى صاحبه سنته هذه على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه فما خرج من ذلك فهو بينهما للعامل ثلثاه وللآخر ثلثه فهذا فاسد لأن الذي شرط الثلث لنفسه استأجر صاحبه للعمل في نصيبه بثلث الخارج من نصيبه

وهو إنما يعمل فيما هو شريك لنفسه فيه واستئجار أحد الشريكين صاحبه للعمل فيما هو فيه شريك باطل والخارج بينهما نصفان لا يتصدق واحد منهما بشيء منه ولا أجر للعامل على شريكه لأن قيام الشركة بينهما فيما يلاقيه عمله يمنع تسليم عمله إلى صاحبه ولو كان اشترطا أن الخارج نصفان جاز وكان العامل معينا لشريكه بعمله في نصيبه فإن كان الذي لم يعمل أمر العامل أن يشتري ما يلقح به النخل فاشتراه رجع عليه بنصف ثمن ذلك في المسألتين جميعا لأنه وكيل في شراء نصف ما يلقح به النخل له وقد أدى الثمن من عنده فيرجع عليه بذلك بخلاف العمل فإنه لا قيمة للعمل إلا بتسمية العوض وتسليم تام إلى من يكون العمل له والشركة تمنع من ذلك وهو نظير عبد بين اثنين أمر أحدهما صاحبه بأن يشتري له نفقة فينفق عليه بنصف الثمن ولو استأجره ليحلق رأسه بأجر لم يستوجب الأجر على شريكه لهذا المعنى ثم ما يذكر من التلقيح في النخل أنواع معلومة عند أرباب النخيل منها ما يشتري فيدق ويذر على مواضع معلومة من النخيل ومنها ما يوجد من فحولة النخل مما يشبه الذكر من بني آدم ثم يشق النخلة التي تحمل فيغرز ذلك فيها على صورة الوطء بين الذكور والإناث ولما رأى رسول الله صلى الله عليه و سلم هذا النوع من أهل المدينة فاستقبحه ونهاهم عن ذلك فأحشفت النخل في تلك السنة فقال عهدي بثمار نخيلكم على غير هذه الصفة قالوا : نعم وإنما كانت تجيد الثمار بالتلقيح فانتهينا إذ منعتنا فأحشفت فقال عليه الصلاة و السلام : (إذا أتيتكم بشيء من أمر دينكم فاعملوا به وإذا أتيتكم بشيء من أمور دنياكم فأنتم أبصر بدنياكم) وقيل أن النخيل على طبع الآدمي فإن النخلة خلقت من فضل طينة آدم عليه الصلاة و السلام على ما قال عليه الصلاة و السلام : (أكرموا النخلة فإنها عمتكم ولهذا لا تثمر إلا بالتلقيح كما لا تحمل الأنثى من بنات آدم إلا بالوطء وإذا قطعت رأسها يبست من ساعتها كالآدمي إذا جز رأسه ولو اشترطا على أن يعملا جميعا فيه ويسقياه ويلقحاه بتلقيح من عندهما هذه السنة فما خرج من ذلك فلأحدهما بعينه الثلثان وللآخر الثلث فهذا فاسد لأن أحدهما شرط لنفسه جزءا من الخارج من نصيب صاحبه من غير أن يكون له فيه نخل ولا عمل أو استأجره صاحبه للعمل فيما هو شريك فيه إن كان عمله أكثر من عمل صاحبه ولو دفع نخلا إلى رجلين يقومان عليه ويلقحانه بتلقيح من عندهما على أن لأحد العاملين بعينه نصف الخارج وللآخر سدسه ولرب النخل ثلثه فهو جائز لأن رب النخل استأجرهما للعمل في نخيله وفاوت بينهما في الأجر وذلك جائز كما لو استأجر أحدهما للعمل بمائة درهم وللآخر بمائة دينار وكذلك لو اشترطوا أن لأحد العاملين بعينه أجر مائة درهم على رب النخيل وللآخر ثلث الخارج ولرب النخيل ثلثاه أو على عكس ذلك كان جائزا لأنه استأجر أحدهما بعينه بأجر مسمى وللآخر بعينه بجزء من الخارج وكل واحد من هذين العقدين يصح عند الإنفراد بهذه الصفة فكذا إذا جمع بينهما ولو اشترطوا لصاحب النخل الثلث ولأحد العاقدين بعينه الثلثين وللآخر أجرا مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثين كان هذا فاسدا لأن هذا بمنزلة رجل دفع إلى رجل نخلا له معاملة هذه السنة على أن لصاحب النخل الثلث وللعامل الثلثين وعلى أن يستأجر العامل فلانا يعمل معه بمائة درهم فهذا شرط فاسد والمعاملة تفسد به لأنه اشترط إجارة في إجارة . (ألا ترى) أنه لو استأجر رجلا هذه السنة بمائة درهم يقوم على العمل في نخيله على أن يستأجر فلانا يعمل معه بخمسين درهما كان العقد فاسدا لأنه اشترط إجارة في إجارة واشتراط أحد العقدين في الآخر يكون مفسدا لهما ولو دفع إلى رجل أرضا سنته هذه يزرعها ببذره وبقره بالنصف على أن يستأجر فلانا يعمل معه بمائة درهم كان فاسدا ولو كان البذر من قبل صاحب الأرض والشرط كما وصفنا كان العقد فاسدا أيضا هكذا ذكرنا هنا وقد تقدم

قبل هذا أنه إذا كان البذر من قبل المزارع وشرطا أن يعمل فلان معه بثلث الخارج أن العقد جائز بين رب الأرض والمزارع وهو فاسد بين المزارع وبين فلان ولو كان البذر من قبل رب الأرض جاز بينه وبين العاملين جميعا وهنا أجاب في الفصلين جميعا بفساد العقد فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول : إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع لأنه قال هناك ويعمل معه فلان بثلث الخارج وحرف الواو

للعطف فيكون هذا عطف عقد فاسد على عقد جائز لاشتراط أحد العقدين في الآخر وهناك قال وعلى أن يستأجر فلانا يعمل معه بمائة درهم وحرف على للشرط فيكون أحد العقدين مشروطا في الآخر والأصح أن يقول هناك المشروط للآخر على صاحب البذر بثلث الخارج فيكون العقد شركة من حيث الصورة وإنما يأخذ حكم الإجارة إذا فسدت والشركة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلما غلب هناك معنى الشركة صححنا العقد بين رب الأرض والمزارع وإن فسد العقد بين المزارع والعامل الآخر لاشتراط عمله معه في المزارعة وهنا إنما شرطا للعامل أجرا مائة درهم فيكون المغلب هنا معنى الإجارة والذي كان بين رب الأرض والعامل إجارة في الحقيقة لأنه إما أن يكون إجارة للأرض أو استئجار للعامل فيكون ذلك إجارة مشروطة في إجارة وذلك مفسد للعقد كما في المعاملة فإن العقد إجارة على كل حال لأن رب النخيل استأجر العامل ولهذا يلزم العقد بنفسه من الجانبين فيفسد العقد بينهما باشتراط إجارة في إجارة ثم الخارج كله لصاحب البذر فإن كان هو صاحب الأرض فعليه أجر مثل الزارع وأجر مثل الذي عمل معه لأنه كان أجيرا له فعمله كعمل المزارع بنفسه وعلى الزارع أجر مثل الذي عمل معه فيما عمل لا يزاد على مائة درهم لأنه قد رضي بمقدار المائة وإن كان البذر من قبل الزارع فعليه أجر مثل الأرض بالغا ما بلغ وأجر مثل الذي عمل معه لا يزاد على مائة درهم وهذا يتأتى على قول محمد رحمه الله فأما على قول أبي يوسف رحمه الله فلا يزاد بأجر مثل الأرض على نصف الخارج على قياس شركة الاحتطاب وكذلك الشجر يدفعه الرجل إلى رجلين معاملة على هذه السنة على أن نصف الخارج لصاحبه والنصف الباقي لأحد العاملين بعينه وللعامل الثاني على شريكه أجر مائة درهم في عمله فهو فاسد لاشتراط إجارة في إجارة . يوضح جميع ما قلنا أن اشتراط عمل قيمته مائة درهم على العامل في جميع هذه المسائل سوى عمله بمنزلة اشتراط مائة درهم عليه لرب الأرض والنخل والشجر وذلك مفسد للعقد ولو كان نخل بين رجلين فدفعاه إلى رجل سنة يقوم عليه فما خرج فنصفه للعامل ثلثا ذلك النصف من نصيب أحدهما بعينه وثلثه من نصيب الآخر والباقي بين صاحبي النخل ثلثاه للذي شرط الثلث من نصيبه للعامل وثلثه للآخر فهو على ما اشترطوا لأن كل واحد منهما استأجر العامل بجزء معلوم من نصيبه أحدهما بثلثي نصيبه والآخر بثلث نصيبه وذلك مستقيم كما لو استأجره كل واحد منهما بأجر مسمى وكان المشروط على أحدهما أكثر من المشروط على الآخر ثم ما شرط على كل واحد منهما لنفسه إلا قدر الباقي من نصيبه فلا يتمكن فساد في هذا الشرط ولو اشترطوا أن نصف الخارج لأحد صاحبي النخل بعينه نصيبه الذي هو له والنصف الآخر للعامل ثلثاه ولصاحب النخل ثلثه فهذه معاملة فاسدة لأنهما استأجراه للعمل على أن يكون الأجر على أحدهما بعينه خاصة ثم الخارج بينهما نصفان لا يتصدقان بشيء منه وعليهما أجر مثل العامل في عمله لهما ولا يقال : ينبغي أن لا يجب الأجر على الذي شرط النصف لنفسه لأنه ما أوجب للعامل شيئا من نصيبه وهذا لأنه استأجره للعمل ولكن شرط أن يكون الأجر على غيره وبهذا الشرط لا يبقى أصل الإجارة فعليه أجر مثله فيما عمل له ولو اشترطوا أن للعامل نصف الخارج ثلثه من

نصيب أحدهما بعينه وثلثاه من نصيب الآخر وعلى أن النصف الباقي بين صاحبي النخل نصفين فهو فاسد لأن الذي شرط ثلثي نصيبه للعامل لا يبقى له من نصيبه إلا الثلث فاشتراط نصف ما بقي لنفسه يكون طمعا في غير مطمع وهو بهذا الشرط يصير كأنه جعل بعض ما جعله أجرة للعامل من نصيب صاحبه لأنه لا يتصور بقاء نصف النصف له مع استحقاق ثلثي النصف عليه فكأنه شرط للعامل ما زاد على نصف النصف أجرة له من نصيب صاحبه وقد ذكر قبل هذا في المزارعة نظير هذه المسألة وهو أن يكون الأرض والبذر منهما وقال : شتراط المناصفة في النصف الباقي باطل ويقسم النصف الباقي بينهما على مقدار ما بقي من حق كل واحد منهما وهنا أفسد العقد فأما أن يقال في الفصلين جميعا روايتان إذ لا فرق بينهما أو يقال هناك موضوع المسألة أن أصل البذر غير مشترك بينهما قبل الإلقاء في الأرض فالشرط الفاسد بينهما لا يفسد المزارعة بينهما وبين المزارع وهنا أصل النخل كان مشتركا بينهما قبل المعاملة وقد جعلا الشرط الفاسد بينهما مشروطا في المعاملة فيفسد به العقد ولو اشترطوا أن يقوم عليه العامل وأحد صاحبي النخل بعينه والخارج بينهم أثلاثا فهو فاسد لأنها معاملة تنعدم

فيها التخلية والعامل من ربى النخيل استأجر العامل ببعض نصيبه على أن يعمل هو معه وذلك مفسد للعقد ولو اشترطوا للذي يعمل من صاحبي النخيل نصف الخارج والباقي بين الآخر والعامل نصفين كان جائزا لأن العامل من ربى النخيل عامل في نخيل نفسه إذ لا عقد بينه وبين العامل ولكن العامل أجر الآخر بنصف نصيبه ليعمل له وذلك جائز ولو اشترطوا أن يعملا جميعا مع العامل على أن الخارج بينهم أثلاث فهو فاسد لأن كل واحد منهما استأجر العامل ببعض نصيبه وشرط عمله معه فهذه معاملة لا يوجد فيها التخلية بين النخيل وبين العامل ولو كانا شرطا العمل على العامل وحده في سنة بعد هذه السنة أو بعد ثلاث سنين فهو جائز لأن المعاملة بمنزلة الإجارة وإضافة الإجارة إلى وقت معلوم في المستقبل جائز وعطف العقد الجائز على العقد الفاسد لا يفسد المعطوف لأنهما **لا يجتمعان** في وقت واحد وكذلك المزارعة على هذا من أيهما كان البذر لأن في المزارعة استئجار الأرض واستئجار العامل إن كان البذر من رب الأرض . وإذا دفع الرجلان إلى الرجلين نخلا لهما معاملة هذه السنة على أن يقوما عليه فما خرج فللعاملين نصفه لواحد منهما بعينه ثلثا ذلك النصف وللآخر ثلثه والباقي بين صاحبي النخل نصفان فهو جائز على ما اشترطوا لأنهما استأجرا كل واحد منهما بجزء معلوم من نصيبهما وفاوتا بين العاملين في مقدار الأجر وذلك لا يمنع جواز العقد لأنهما يستحقانه بعملهما وقد يتفاوتان في العمل من حيث الحذاقة أو الكثرة ولو اشترطوا أن النصف بين العاملين نصفان وما بقي من صاحبي النخل ثلثه لأحدهما بعينه وثلثاه للآخر فالمعاملة فاسدة لأنه لم يبق لكل واحد منهما بعد ما اشترطا للعاملين إلا ربع الخارج فاشتراط أحدهما الزيادة على ذلك لنفسه من نصيب صاحبه طمع في غير مطمع إذ هو اشتراط أجرة بعض أجره عملها له على شريكه وذلك مفسد لعقد المعاملة ولو اشترطوا أن النصف للعاملين من نصيب أحدهما بعينه ثلثا ذلك النصف ومن نصيب الآخر ثلثه والباقي بين صاحبي النخيل ثلثاه للذي شرط الثلث وثلثه للذي شرط الثلثين فهو جائز على ما اشترطوا لأن كل واحد منهما استأجر العاملين للعمل في نصيبه بجزء معلوم من نصيبه وما شرط لنفسه إلا مقدار الباقي من نصيبه بعد ما شرط للعاملين وهذا ثابت بدون الشرط فلا يزيده الشرط إلا وكادة ولو اشترطوا أن النصف الباقي بين صاحبي النخل ثلثاه للذي

شرط الثلثين وثلثه للذي شرط الثلث كانت المعاملة فاسدة لأن أحدهما شرط لنفسه زيادة على الباقي من نصيبه وذلك منه طمع في غير مطمع وهو بالشرط الثاني كأنه جعل بعض ما استوجبه للعاملين أجرة مشروطة على صاحبه ولو اشترطوا ثلث الخارج لأحد العاملين بعينه وثلثاه لصاحبي النخل وللعامل الآخر أجر مائة درهم على صاحبي النخل جاز لأنهما استأجرا أحد العاملين بثلث الخارج وهي معاملة صحيحة واستأجر الخارج الآخر للعمل بأجر مسمى وهي إجارة صحيحة ولو كانوا اشترطوا المائة على أحد صاحبي النخل بعينه كانت المعاملة فاسدة لأن الذي استأجره أحدهما بالدراهم إن كان استأجره لنفسه فعمل أجيره كعمله بنفسه واشتراط عمله في المعاملة يفسدها وإن كان استأجره ليعمل لهما فاشتراط أجر أجيرهما على أحدهما خاصة يكون مفسدا للعقد وقد جعلا ذلك مشروطا في المعاملة فالخارج لصاحبي النخل وللعامل على الذي شرط له الثلث أجر مثله بالغا ما بلغ على صاحبي النخل لأنهما استوفيا عمله بعقد فاسد وتسمية الثلث له بعد فساد العقد لا يكون معتبرا عند محمد رحمه الله فكان له أجر مثله بالغا ما بلغ وللعامل الآخر أجر مثله لا يجاوز به مائة درهم على الذي شرط له المائة لأنه هو الذي عاقده عقد الإجارة والتزم البدل له بالتسمية ثم يرجع هو على شريكه بنصف ما لزمه من ذلك لأنه عمل لهما جميعا بحكم عقد فاسد وهو في نصيب صاحبه بمنزلة النائب عنه في الاستئجار فيرجع عليه بما يلحقه من الغرم في نصيبه ولو كانوا اشترطوا أن المائة على العامل الذي شرطوا له الثلث كانت المعاملة فاسدة وقد بينا هذا فيما إذا كان العامل واحدا أنه يفسد العقد لاشتراط الإجارة في الإجارة فكذلك إذا كان العامل اثنين والخارج لصاحبي النخل وعليهما للذي شرط له الثلث أجر مثله وأجر مثل صاحبه بالغا ما بلغ لأن صاحبه أجره وعمل أجيره يقع له فيكون كعمله بنفسه ولصاحبه عليه أجر مثله لا يجاوز به مائة درهم لأنه استوفى عمله بعقد فاسد وقد صح رضاه بقدر المائة فلا يستحق الزيادة على ذلك وإذا دفع رجل إلى رجلين أرضا له هذه السنة يزرعانها ببذرهما وعملهما فما أخرج الله تعالى منها فنصفه لأحد

العاملين بعينه وثلثه للآخر والسدس لرب الأرض فهو فاسد لأنهما استأجرا الأرض وشرطا أن يكون جميع الأجر من نصيب أحدهما خاصة فإن الآخر شرط لنفسه جميع الخارج من بذره ولو اشترطوا لأحدهما أربعة أعشار الخارج وللآخر الثلث ولرب الأرض ما بقي فهو جائز لأن كل واحد منهما استأجر الأرض بجزء معلوم من نصيبه من الخارج أحدهما بخمسي نصيبه والآخر بثلث نصيبه وكما يجوز التفاوت في أجرة العاملين بالشرط فكذلك في إجارة الأرض منهما ولو اشترطوا أن نصف الخارج لأحدهما بعينه ولرب الأرض عليه مائة درهم وللآخر الثلث ولرب الأرض السدس جاز على ما اشترطوا لأن أحدهما استأجر نصف الأرض بأجر مسمى والآخر بجزء من الخارج وكل واحد منهما صحيح وبسبب اختلاف جنس الأجر أو منفعة العقد لا تتفرق الصفقة في حق صاحب الأرض ولا يتمكن الشيوع ولو اشترطوا على أن ما أخرجت الأرض بينهما أثلاث ولرب الأرض على أحدهما بعينه مائة درهم كان فاسدا لأن الذي التزم المائة جمع لصاحب الأرض من نصيبه بين أجر المسمى وبعض الخارج وذلك مفسد للعقد وكذلك لو اشترطوا المائة على رب الأرض لهما كان فاسدا لأن رب الأرض التزم لهما مع منفعة الأرض مائة درهم بمقابلة نصف الخارج ففيما يخص المائة من الخارج هو مشتري منهما وشراء المعدوم باطل ففسد العقد لذلك وإن اشترطا المائة على رب الأرض لأحدهما بعينه وقد اشترطوا أن الخارج بينهم أثلاث ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قول من أجاز المزارعة هذه مزارعة فاسدة والخارج لصاحبي البذر ولرب

الأرض عليهما أجر مثل الأرض وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله المزارعة بين رب الأرض والمزارع الذي لم يشرط عليه المال جائزة فيأخذ هو الثلث ورب الأرض السدس ويكون نصف الخارج للمزارع الآخر وعليه لرب الأرض أجر مثل نصف أرضه لأن رب الأرض هنا إنما صار مشتريا بعض نصيب أحدهما بما شرط له من المائة فإنما تمكن المفسد فيما بينهما إلا أن من أصل أبي حنيفة رحمه الله أن الصفقة الواحدة إذا فسد بعضها فسد كلها ومن أصلهما أن الفساد يقتصر على ما وجدت فيه العلة المفسدة وقد بينا نظائره في البيوع وقيل : بل هذا ينبني على إجارة المشاع فإن العقد لما فسد بين رب الأرض وبين الذي شرط عليه المائة فلو صح في حق العامل الآخر كان أجاره نصف الأرض مشاعا وذلك لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما والأول أصح لأن العقد مع الفساد منعقد عندنا فلا يتمكن بهذا المعنى الشيوع في أصل العقد والله أعلم ." (١)

" (قال – رحمه الله –) : (كان أبو حنيفة – رحمه الله – يقول : أولا : لو أن سلطانا أو غيره أكره رجلا حتى زنا فعليه الحد وهو قول زفر – رحمه الله – ثم رجع فقال : لا حد عليه إذا كان المكره سلطانا وهو قولهما) وجه قوله الأول أن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار الآلة ولا تنتشر آلته إلا بلذة وذلك دليل الطواعية فمع الخوف لا يحصل انتشار الآلة وفرق على هذا القول بين الرجل والمرأة قال : المرأة في الزنا محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها

(ألا ترى) أن فعل الزنا يتحقق وهي نائمة أو مغمى عليها لا تشعر بذلك بخلاف جانب الرجل وفرق على هذا القول بين الإكراه على الزنا وبين الإكراه على القتل

قال : (لا قود على المكره وعليه الحد) ففي كل واحد من الموضعين الحرمة لا تنكشف بالإكراه ولكن القتل فعل يصلح أن يكون المكره فيه آلة للمكره فبسبب الإلجاء يصير الفعل منسوبا إلى المكره ولهذا لزمه القصاص وإذا صار منسوبا إلى المكره صار المكره آلة فأما الزنا ففعل لا يتصور أن يكون المكره فيه آلة للمكره لأن الزنا بآلة الغير لا يتحقق ولهذا لا يجب الحد على المكره فبقي الفعل مقصورا على المكره فيلزمه الحد

ووجه قوله الآخر : أن الحد مشروع للزجر ولا حاجة إلى ذلك في حالة الإكراه لأن منزجر إلى أن يتحقق الإلجاء وخوف التلف على نفسه فإنما كان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا اقتضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على انعدام الخوف فقد تنتشر الآلة طبعا بالفحولة التي ركبها الله تعالى في الرجال وقد يكون ذلك طوعا

(ألا ترى) أن النائم تنتشر آلته طبعا من غير اختيار له في ذلك ولا قصد

ثم على القول الآخر قال أبو حنيفة – رحمه الله – : إن كان المكره غير السلطان يجب الحد على المكره

وقال أبو يوسف ومحمد إذا كان قادرا على إيقاع ما هدده به فلا حد على المكره سواء كان المكره سلطانا أو غيره

قيل : هذا اختلاف عصر فقد كان السلطان مطاعا في عهد أبي حنيفة ولم يكن لغير السلطان من القوة ما يقدر على الإكراه فأجاب بناء على ما شاهد في زمانه ثم تغير حال الناس في عهدهما وظهر كل متغلب في موضع فأجابا بناء

---

(١) المبسوط، ٢٢٥/٧

على ما عاينا وقيل : بل هو اختلاف حكم فوجه قولهما أن المعتبر في إسقاط الحد هو الإلجاء وذلك بأن يكون المكره قادرا على إيقاع ما هدد به لأن خوف التلف للمكره بذلك يحصل

(ألا ترى) أن السلطان لو هدده وهو يعلم أنه لا يفعل ذلك به لا يكون مكرها وخوف التلف يتحقق عند قدرة المكره على إيقاع ما هدده به بل خوف التلف بإكراه غير السلطان أظهر منه بإكراه السلطان فالسلطان ذو أناة في الأمور لعلمه أنه لا يفوته وغير السلطان ذو عجلة في ذلك لعلمه أنه يفوته ذلك بقوة السلطان ساعة فساعة

وأبو حنيفة لا يقول الإلجاء لا يتحقق بإكراه غير السلطان وإنما يتحقق بإكراه السلطان لأنه لا يتمكن من دفع السلطان عن نفسه بالالتجاء إلى من هو أقوى منه ويتمكن من دفع اللص عن نفسه بالالتجاء بقوة السلطان فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر والحكم إنما ينبني على أصل السبب لا على الأحوال وباعتبار الأصل يمكن دفع إكراه غير السلطان بقوة السلطان ولا يمكن دفع إكراه السلطان بشيء ثم ما يكون مغيرا للحكم يعتبر فيه السلطان كتغير الفرائض من الأربع إلى الركعتين يوم الجمعة وإقامة الخطبة مقام الركعتين يعتبر فيه السلطان ولا يقوم في ذلك غيره مقامه وفي كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب المهر لها وقد بينا هذا في الحدود إذ الحد والمهر **لا يجتمعان** عندنا بسبب فعل واحد خلافا للشافعي - رحمه الله - وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لأن الواطئ في غير الملك لا ينفك عن حد أو مهر فإذا سقط الحد وجب المهر لإظهار خطر المحل فإنه مصون عن الابتذال محترم كاحترام النفوس ويستوي إن كانت أذنت له في ذلك أو استكرهها

أما إذا استكرهها فغير مشكل لأن المهر يجب عوضا عما أتلف عليه ولم يوجد الرضا منها بسقوط حقها وأما إذا أذنت له في ذلك فلأنه لا يحل لها شرعا أن تأذن في ذلك فيكون إذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا بمنزلة إذن الصبي والمجنون في إتلاف ماله أو هي متهمة في هذا الإذن لما لها في هذا الإذن من الحظ فجعل الشرع إذنها غير معتبر للتهمة ووجوب الضمان لصيانة المحل عن الابتذال والحاجة إلى الصيانة لا تنعدم بالإذن

(ألا ترى) أنها لو زوجت نفسها بغير مهر وجب المهر ولو مكنت نفسها بعقد فاسد حتى وطئها الزوج ولم يكن سمى لها مالا وجب المال فهذا مثله وهو واجب في الوجهين

أما إذا استكرهها فإنه ظالم وحرمة الظلم حرمة باتة وكذلك إذا أذنت له في ذلك لأن إذنها لغو غير معتبر ثم حرمة الزنا حرم باتة لا استثناء فيها ولم يحل في شيء من الأديان بخلاف حرمة الميتة ولحم الخنزير فتلك الحرمة مقيدة بحالة الاختيار لوجود التنصيص على استثناء حالة الضرورة في قوله تعالى : ﴿ إلا ما اضطررتم إليه ﴾ (الأنعام : ١١٩)

وإن امتنع من الزنا حتى قتل كان مأجورا في ذلك لأنه امتنع من ارتكاب الحرام وبذل نفسه ابتغاء مرضاة الله تعالى في الوقوف على حد الدين بالتحرز عن مجاوزته وفيما يرخص له فيه وهو إجراء كلمة الشرك وقد بينا أنه إذا امتنع حتى قتل كان مأجورا فما لا رخصة فيه أولى

وإن كان الإكراه على الزنا بحبس ففعل ذلك كان عليه الحد لأن تمكن الشبهة باعتبار الإلجاء وبسبب الإكراه بالحبس لا يتحقق الإلجاء فوجوده وعدمه في حق الحكم سواء

ولو قال له : لأقتلنك أو لتقطعن يد هذا الرجل فقال له ذلك الرجل قد أذنت لك في القطع فاقطعه وهو غير مكره لا يسع المكره أن يقطع يده لأن هذا من المظالم وليس المقصود بالفعل أن يأذن في ذلك شرعا لأنه يبذل طرفه لدفع الهلاك عن غيره وذلك لا يسعه كما لو رأى مضطرا فأراد أن يقطع يد نفسه ليدفعها إليه حتى يأكلها ولا يسعه ذلك فهذا مثله

ولو لم يوجد الإذن لم يسعه الإقدام على القطع فكذلك بعد الإذن وإن قطعها فلا شيء عليه ولا على الذي أكرهه لأن القاطع لو لم يكن مكرها وقال له إنسان : اقطع يدي فقطعه لم يلزمه شيء فإذا كان القاطع مكرها أولى وهذا لأن الحق في الطرف لصاحب الطرف وقد أسقطه بالإذن في الابتداء

ولو أسقطه بالعفو في الانتهاء لا يجب شيء فكذلك بالإذن في الابتداء والدليل عليه أن الطرف يسلك به مسلك الأموال من وجه وفى الأموال البدل مفيد عامل في الإباحة والبدل الذي هو سعته عامل في إسقاط الضمان حتى إذا قال له احرق ثوبي هذا لا يباح له أن يفعله ولكن لا يلزمه شيء إن فعله فكذلك في الطرف البذل المفيد عامل في الإباحة وهو إذا وقع في يده أكلة فأمر إنسانا أن يقطع يده فالبدل الذي هو سعته يكون مسقطا للضمان فيه أيضا فلهذا لا يجب على القاطع ولا على المكره شيء

وإن كان صاحب اليد مكرها أيضا من ذلك المكره أو من غيره على الإذن في القطع بوعيد تلف فالقصاص على المكره لأن بسبب الإلجاء يلغو إذنه وفعل القطع منسوب إلى المكره لأن المكره يصلح أن يكون آلة في ذلك فلهذا كان عليه القود

ولو قال له : لأقتلنك أو لتقتلنه فقال له المقصود : اقتلني فأنت في حل من ذلك وهو غير مكره فقتله بالسيف فعلى الآمر الدية في ماله لأن المباشر ملجأ إلى القتل فيصير الفعل منسوبا إلى الملجئ وصار هذا بمنزلة ما لو قتل إنسانا بإذنه وفي هذا تجب الدية عليه دون القصاص في ظاهر الرواية

وعلى قول زفر – رحمه الله – عليه القصاص

وعلى قول أبي يوسف – رحمه الله – لا شيء عليه أورده في اختلاف زفر ويعقوب – رحمهما الله – ألا أن هذا إنما يتحقق في حق من باشر القتل بنفسه لا في حق المكره فإن زفر لا يرى القود على المكره

وأورد على هذا أيضا أنه إذا قال اقتل أبي أو ابني فقتله فعليه القصاص في قول زفر – رحمه الله

وقال أبو يوسف – رحمه الله – أستحسن أن يكون عليه الدية في ماله إذا كان هو الوارث

وذكر الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة – رحمه الله – في قوله اقتل ابني كقول زفر وفي قوله اقتلني كقول أبي يوسف أنه لا شيء عليه

وجه تلك الرواية : أن الإذن في الابتداء كالعفو في الانتهاء وبعد ما جرحه لو عفى عن الجناية ومات لم يجب شيء فكذلك إذا أذن في الابتداء وهذا لأن الحق في بدل نفسه له حتى يقضي منه ديونه فيسقط بإسقاطه كما في الطرف

وجه قول زفر : أن بدل النفس إنما يجب بعد زهوق الروح والحق عند ذلك للوارث فإذنه في القتل صادف محلا هو حق الغير فكان لغوا وعليه القصاص بخلاف بدل الطرف فإن الحق له بعد تمام الفعل فيعتبر إسقاطه وهذا بخلاف العفو

فإن العفو إسقاط بعد وجود السبب والإسقاط بعد وجود السبب وقبل الوجوب يصح فأما الإذن فلا يمكن أن يجعل إسقاطا لأن السبب لم يوجد بعد وباعتبار عينه الإذن لاقى حق الغير فلا يصح ووجه ظاهر الرواية أن إذنه في القتل باعتبار ابتدائه صادف حقه وباعتبار مآله صادف حق الوارث فلاعتبار الابتداء يمكن شبهة والقصاص يسقط بالشبهة ولاعتبار المال تجب عليه الدية في ماله ولهذا قال أبو يوسف في الآذن في قتل أبيه أو ابنه أنه باعتبار الابتداء لاقى حق الغير وباعتبار المآل لاقى حقه فيصير المال شبهة في إسقاط القود ويجب عليه الدية ولو قطع يده بإذنه فمات منه لم يكن على القاطع ولا على الآمر في ذلك شيء لأن أصل الفعل صار هدرا فلو سرى إلى النفس كان كذلك كما لو قطع يد مرتد فأسلم ثم سرى إلى النفس

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه تجب الدية هنا لأن القطع إذا اتصلت به السراية كان قتلا فإذا لم يتناوله الإذن فلا شك أنه يجب الضمان به وإن تناوله الإذن فهو بمنزلة قوله اقتلني فيكون موجبا للدية ولو أكرهه على أن يصنع به شيئا لا يخاف منه تلف من ضرب سوط أو نحوه ففعل ذلك به رجوت أن لا يأثم فيه لأنه يدفع الهلاك عن نفسه بما يلحق الهم والحزن بغيره وقد رخص له الشرع في ذلك فإن المضطر يباح له أن يأخذ مال الغير فيتناوله بغير رضاه

فإن أبى عليه ذلك فمات منه كانت ديته على عاقلة المكره لأن فعل المكره صار منسوبا إلى المكره فكأنه فعل ذلك بنفسه وهذا بمنزلة الخطأ وهو يوجب الدية على عاقلته وهذا إذا لم يكن المقتول أذن له في ذلك فإن كان أذن له في ذلك طوعا فلا ضمان فيه على أحد لأن فعل الغير به بإذنه كفعله بنفسه

ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يأخذ مال رجل فيرمي به في مهلكة فأذن له صاحبه فيه ففعله فلا شيء على واحد منهما لأن صاحب الحق أسقط حقه بالإذن له في الإتلاف طوعا

ولو كان أكره صاحب المال بوعيد تلف أيضا على أن أمره بذلك فإذنه مع الإكراه لغو والضمان على المكره لأن المكره آلة في ذلك الفعل والفعل صار منسوبا إلى المكره ولا ضمان على الفاعل إن علم أن صاحب المال مكره على الإذن أو لم يعلم لأنه بالإلجاء يصير كالآلة ولا يختلف ذلك باختلاف صاحب المال في الإذن طوعا أو كرها

ولو كان الفاعل أكره على ذلك بحبس أو قيد لم يحل له أن يستهلك مالا لأن هذا من مظالم العباد فلا يرخص له في الإقدام عليه بدون الإلجاء وبالحبس والقيد لا يتحقق الإلجاء إلا أن يأمره به صاحبه بغير إكراه فحينئذ لا شيء عليه من إثم ولا ضمان لأن صاحب المال صار باذلا ماله بالإذن والمال مبتذل وإنما كان ممنوعا من إتلافه لمراعاة حق صاحب المال

فإذا رضي به طوعا كان له الإقدام عليه والعبد والأمة فيما يأذن فيه مولاهما في جميع ما وصفنا بمنزلة الحر والحرة إلا في خصلة واحدة أن القاتل لا يغرم نفس المملوك إذا أذن المولى في قتله بغير إكراه لأن الحق في بدل نفسه له باعتبار الحال والمآل فيعتبر إذنه في إسقاط الضمان كما يعتبر إذن صاحب اليد في إسقاطه حقه في بدله عن القاطع والله أعلم بالصواب ". (١)

(١) المبسوط، ٧/٢٨٣

" (قال – رحمه الله –) (وإذا أذن الرجل لابنه الصغير في التجارة أو في جنس منها وهو يعقل البيع والشراء فهو مأذون له في التجارات كلها مثل العبد المأذون عندنا) وقال الشافعي – رحمه الله – الإذن له في التجارة باطل إذا كان صغيرا أو معتوها حرا كان أو مملوكا . وأصل المسألة أن عبارته صالحة للعقود الشرعية عندنا فيما يتردد بين المنفعة والمضرة وعنده هي غير صالحة حتى لو توكل بالتصرف عن الغير نفذ تصرفه عندنا ولم ينفذ عنده احتج بقوله تعالى : ﴿ حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشيدا ﴾ (النساء : ٦) فقد شرط البلوغ وإيناس الرشد لجواز دفع المال إليه وتمكينه من التصرف فيه فدل أنه ليس بأهل للتصرف قبل ذلك قال تعالى : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما ﴾ (النساء : ٥) والمراد الصبيان والمجانين أنه لا يدفع إليهم أموالهم بدليل قوله تعالى : ﴿ وارزقوهم فيها واكسوهم ﴾ (النساء : ٥) فالإذن له في التجارة لا ينفك عن دفع المال إليه ليتجر فيه والمعنى فيه أنه غير مخاطب فلا يكون أهلا للتصرف كالذي لا يعقل وهذا لأن التصرف كلام وإنما تبني الأهلية على كونه أهلا لكلام ملزم شرعا وذلك ينبني على الخطاب

(ألا ترى) أنه لعدم الخطاب بقي مولى عليه في هذه التصرفات ولو صار باعتبار عقله أهلا لمباشرتها لم يبق مولى عليه فيها لأن كونه مولى عليه لعجزه عن المباشرة لنفسه والأهلية للتصرف آية القدرة وهما متضادان **فلا يجتمعان**

يوضحه : أن اعتبار عقله مع النقصان لأجل الضرورة وإنما تتحقق هذه الضرورة فيما لا يمكن تحصيله بوليه فجعل عقله في ذلك معتبرا ولهذا صحت منه الوصية بأعمال البر وخيرته بين الأبوين ولا تتحقق الضرورة فيما يمكن تحصيله بوليه فلا حاجة إلى اعتبار عقله فيه ولأن ما به كان محجورا عليه لم يزل بالإذن فإن الحجر عليه لأجل الصبا أو لنقصان عقله لا لحق الغير في ماله إذا لا حق لأحد في ماله وهذا المعنى بعد الإذن قائم والدليل عليه أن للمولى أن يحجر عليه فلو زال سبب الحجر بإذن الولي لم يكن له الحجر عليه بعد ذلك وهذا بخلاف العبد فإن الحجر هناك لحق المولى في كسبه ورقبته وبالإذن صار المولى راضيا بتصرفه في كسبه وبخلاف السفيه فالحجر عليه لمكابرة عقله وذلك ليس بوصف لازم ولا يجوز الإذن له إلا بعد زواله إلا أن إذن القاضي إياه دليل زواله

وحجتنا : في ذلك قوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ﴾ (النساء : ٦) والابتلاء هو الامتحان بالإذن له في التجارة ليعرف رشده وصلاحه فلو تصرف بدون مباشرتهم لا يتم به معنى الابتلاء . ثم علق الزام دفع المال إليه بالبلوغ وذلك عبارة عن زوال ولاية الولي عنه وبه نقول أن ذلك لا يثبت ما لم يبلغ وقال تعالى : ﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ﴾ (النساء : ٢) واسم اليتيم حقيقة يتناول الصغير فعرفنا أن دفع المال إليه وتمكينه من التصرفات جائز إذا صار عاقلا والمراد بقوله : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ (النساء : ٥) الذين لا يعقلون أو المراد النساء وهو أن الرجل يدفع المال لزوجته ويجعل التصرف فيه إليها وذلك منهي عنه عندنا وقال رسول الله – صلى الله عليه و سلم – لعمر بن أبي سلمة : (قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله – صلى الله عليه و سلم – وكان ابن سبع سنين) و (رأى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – عبدالله بن جعفر يبيع لعب الصبيان في صغره فقال : (بارك الله لك في صفقتك) فقد مكن الصبي من التصرف فدل أن عبارته صالحة لذلك والمعنى فيه أنه محجور إذن وليه له وعرفه فينفذ تصرفه كالعبد وهذا لأنه مع الصغر

أهل للتصرف إذا كان عاقلا لأنه مميز والأهلية للتصرف بكونه متكلما عن تمييز وبيان لا عن تلقين وهذيان وقد صار مميزا إلا أن الحجر عليه لدفع الضرر عنه ولهذا سقط عنه الخطاب لأن في توجيه الخطاب عليه إضرارا به عاجلا

(ألا ترى) أنه جعل أهلا للنوافل من الصلوات والصيام لأنه لا ضرر عليه في ذلك

ولو توجه عليه الخطاب ربما لا يؤدي للحرج ويبقى في وباله وهذا لأن الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار فإن الصبا سبب للمرحمة واعتبار كلامه في التصرف محض منفعة لأن الآدمي بابن سائر الحيوانات بالبيان وهو من أعظم المنافع عند العقلاء وهذه منفعة لا يمكن تحصيلها له برأي المولى ولهذا صح منه من التصرفات ما يتمحض منفعة وهو قبول الهبة والصدقة فأما ما يتردد بين المنفعة والمضرة فيعتبر فيه انضمام رأي إلى رأيه لتوفير المنفعة عليه فلو نفذنا ذلك منه قبل الإذن ربما يتضرر به ويزول هذا المعنى بانضمام رأي الولي إلى رأيه ولهذا لو تصرف قبل إذن الولي فأجازه الولي جاز عندنا وهذا لأنه يتردد حاله بين أن يكون ناظرا في عاقبة أمره بما أصاب من العقل وبين أن لا يكون ناظرا في ذلك بنقصان عقله ولا يحل للولي أن يأذن له شرعا ما لم يعرف منه حسن النظر في عاقبة الأمر فكان إذن الولي له دليل كمال عقله أو حسن نظره في عاقبة أمره كإذن القاضي للسفيه بعد الحجر عليه أو في توفير المنفعة عليه حين لزم التصرف بانضمام رأي الولي إلى رأيه فإذا اعتبرنا عقله في هذا الوجه اتسع توفير طريق المنفعة عليه لأنه يحصل له منفعة التصرف بمباشرته وبمباشرة وليه وذلك أنفع له من أن يسد عليه أخذ الناس ويجعل لتحصيل هذه المنفعة طريقا واحدا إلا أن نظره في عاقبة الأمر ووفور عقله متردد قبل بلوغه فلاعتبار وجوده ظاهرا يجوز للولي أن يأذن له ولتوهم القصور فيه يبقي ولاية الولي عليه ويتمكن من الحجر عليه بعد ذلك وهو كالسفيه فإن القاضي بعد ما أطلق عنه الحجر إذا أراد أن يحجر عليه جاز ذلك لهذا المعنى . إذا عرفنا هذا فنقول إقراره بعد إذن الولي له بعين أو دين لغيره صحيح لأنه صار منفك الحجر عنه بالإذن فهو كما لو صار منفك الحجر عنه بالبلوغ وهذا إشكال الخصم علينا فإنه يقول إقرار الولي عليه باطل فكيف يستفيد هو بإذن الولي ما لا يملك الولي مباشرته . ولكنا نقول الولي إنما لا يملك مباشرته لأنه لا يتحقق ذلك منه فالإقرار قول من المرء على نفسه وما ثبت على الغير فهو شهادة وإقرار الولي على الصبي قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا يكون حجة

فأما قوله بعد الإذن إقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا تتم التجارة إلا به لأن الناس إذا علموا أن إقراره لا يصح يتحرزون عن معاملته فمن يعامله لا يتمكن من أن يشهد عليه شاهدين في كل تصرف فلهذا جاز إقراره في ظاهر الرواية وكما يجوز إقراره فيما اكتسبه يجوز فيما ورثه عن أبيه . وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز إقراره ورثه عن أبيه لأن صحة إقراره في كسبه لحاجته إلى ذلك في التجارات وهذه الحاجة تنعدم في الموروث من أبيه

وجه ظاهر الرواية : أن انفكاك الحجر عنه بالإذن في حكم إقراره بمنزلة انفكاك الحجر عنه بالبلوغ بدليل صحة إقراره فيما اكتسبه فكذلك فيما ورثه لأن كل واحد من المالين ملكه وهو فارغ عن حق الغير وهذا لأنه إذا انضم رأي الولي إلى رأيه التحق بالبالغ ولهذا نفذ أبو حنيفة – رحمه الله – تصرفه بعد الإذن في الغبن الفاحش على ما نبينه في موضعه فكذلك في حكم الإقرار يلتحق بالبالغ ثم صحة الإذن له من وليه ووليه أبوه ثم وصى الأب ثم الجد أب الأب ثم وصيه ثم القاضي أو وصي القاضي فأما الأم أو وصي الأم فلا يصح الإذن منهم له في التجارة لأنه غير ولي له في التصرفات مطلقا بل هو كالأجنبي إلا فيما يرجع إلى حفظه ولهذا لا يملك بيع عقاره والإذن في التجارة ليس من الحفظ فلهذا لا يملكه . ولو

أقر الصبي المأذون بغصب أو استهلاك في حال إذنه أو أضافه إلى ما قبل الإذن جاز إقراره بذلك لأن ضمان الغصب والاستهلاك من جنس ضمان التجارة ولهذا صح إقراره به من العبد المؤذون وكان مؤاخذا به في الحال وانفكاك الحجر عنه بالإذن كإنفكاك الحجر عنه بالبلوغ ولو أقر بعد البلوغ أنه فعل شيئا من ذلك في صغره كان مؤاخذا به في الحال فكذلك إذا أقر بعد الإذن ولو كاتب هذا الصبي مملوكه لم يجز لأنه منفك الحجر عنه في التجارة والكتابة ليست من عقود التجارة

(ألا ترى) أن العبد المأذون لا يملكها ولا يقال فالأب والوصي يملك الكتابة في عبد الصبي وهذا لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر ويتحقق في الكتابة النظر وأما تصرف الصبي بعد الإذن فمعيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة ولهذا لا يملك الصبي المأذون تزويج أمته في قول أبي حنيفة ومحمد وإن كان الأب والوصي يملكان ذلك وأما تزويج العبد فلا يملكه الصبي لأنه ليس بتجارة ولا يملك أبوه ووصيه لأنه ليس فيه نظر للصبي بل فيه تعيب العبد وإلزام المهر والنفقة عليه من غير منفعة للصبي فيه وكذلك لو كبر الصبي فأجازه لم يجز لأنه إنما يتوقف على الإجازة ماله مجيز حال وقوعه ولا مجيز لهذا التصرف حال وقوعه فتعين فيه جهة البطلان

وكذلك العتق على مال لا يصح من الصبي لأنه ليس من التجارة ولا من الولي لأنه لا منفعة للصبي في ذلك بل فيه ضرر به من حيث إنه يزول ملكه في الحال ببدل في ذمة مفلسه ولو أجازه الصبي بعد الكبر لم يجز لأنه لا مجيز له عند وقوعه وكذلك لو فعله أجنبي بخلاف ما لو زوج الأجنبي أمته أو كاتب عبده فأجازه الصبي بعدما كبر فهو جائز لأن لهذا التصرف مجيزا حال وقوعه وهو وليه والولي في الإجازة ناظر له فإذا صار من أهل أن يستبد بالنظر لنفسه نفذ بإجازته وهذا هو الأصل فيه أن كل شيء لا يجوز للأب والوصي أن يفعلاه في مال الصبي فإذا فعله أجنبي فأجازه الصبي بعد ما كبر فهو جائز لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء وهذه التصرفات تنفذ بالإذن في الابتداء ممن قام رأيه مقام رأي الصبي فينفذ بالإجازة في الانتهاء من ذلك الأذن أو من الصبي بعد ما كبر لأنه هو الأصل في هذا النظر ولو زوج هذا الصبي عبده أمته أو فعل ذلك أبوه أو وصيه لم يجز عندنا خلافا لزفر وقد بيناه في كتاب النكاح قال :

(ألا ترى) أن الأمة لو بيعت فأعتقت لحق العبد نفقتها فدل على أنه لا ينفك عن معنى الضرر في حق الصبي ويستوي في ذلك إن كان على الصبي دين أو لم يكن لأن الدين في ذمته وولاية الولي عليه لا تتعين بلحوق الدين إياه بخلاف العبد . ولو كان للصبي امرأة فخلعها أبوه أو أجنبي أو طلقها أو أعتق عبده ثم أجاز الصبي بعد ما كبر فهو باطل لأنه لا مجيز لهذا التصرف عند وقوعه فالطلاق والعتاق محض ضرر عاجل في حقه فلا يعتبر فيه عقله ولا ولاية الولي عليه لأن ثبوت الولاية عليه لتوفير المنفعة له لا للإضرار به

وإذا قال حين كبر قد أوقعت عليها الطلاق الذي أوقع عليها فلان أو قد أوقعت على العبد ذلك العتق الذي أوقعه فلان وقع الطلاق والعتاق لأن هذا اللفظ إيقاع مستقبل

(ألا ترى) أنه يملك الإيقاع ابتداء بهذا اللفظ فيكون إضافته إلى أوقع فلان لتعريف العدد . والصفة لا أن يكون أصل الإيقاع من فلان لكنه من الموقع في الحال وهو من أهله بخلاف الإجازة منه فإن الإجازة تقيد للتصرف الذي باشره فلان

(ألا ترى) أن إيقاع الطلاق والعتاق بلفظ الإجازة منه لا يصح ابتداء وقد تعينت جهة البطلان فيما باشره قبل بلوغه فإجازته لذلك بعد البلوغ تكون لغوا

وإذا باع الصبي وهو يعقل البيع عبدا من رجل بألف درهم وقبض الثمن ودفع العبد ثم ضمن رجل للمشتري ما أدركه في العبد من درك فاستحق العبد من يد المشتري فإن كان الصبي مأذونا رجع المشتري بالثمن إن شاء على الصبي وإن شاء على الكفيل لأن الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل فالصبي المأذون مطالب بضمان الدرك عند الاستحقاق فيصح التزام الكفيل عنه ذلك ويتخير المشتري

فإن رجع على الكفيل رجع الكفيل على الصبي إن كان كفل بأمره لأن هذه الكفالة تبرع على الصبي لا منه وهو في التبرع عليه كالبالغ وأمر الغير بالكفالة معتبر إذا كان مأذونا بمنزلة استقراضه وإن كان الصبي محجورا عليه فالضمان عنه باطل لأنه غير مطالب بضمان الاستحقاق فالكفيل عنه التزم مالا مطالبة عليه فيه فلهذا لا يجب على الكفيل شيء ولا على الصبي أيضا إن كان الثمن قد هلك في يده أو استهلكه لأن فعله كان بتسليط صحيح من المشتري حين سلم الثمن إليه

وإن كان قائما بعينه في يده أخذه المشتري لأنه وجد عين ماله

وإن كان الرجل ضمن للمشتري في أصل الشراء أو ضمنه قبل أن يدفع المشتري الثمن إلى الصبي ثم وقع الثمن على لسان الكفيل ثم استحق العبد من يده فالضمان جائز ويأخذ المشتري الكفيل بالثمن لأن المشتري إنما سلم الثمن إلى الصبي على أن الكفيل ضامن له فتسليمه على هذا الشرط صحيح لأن الكفيل ملتزم لهذا الضمان وهو من أهله بخلاف الأول فهناك الدفع حصل على أن الصبي ضامن له والصبي المحجور ليس من أهل التزام هذا الضمان ثم الكفيل بعد ذلك التزم مطالبة ليست على الأصيل فكان باطلا

(ألا ترى) أن رجلا لو قال لرجل ادفع إلي هذا الصبي عشرة دراهم ينفقها على نفسه على أني ضامن لها حتى أردها عليك والصبي محجور عليه ففعل كان ضمانها على الكفيل ولو كان دفع الدراهم أولا إلى الصبي وأمره أن ينفقها على نفسه ثم ضمنها له رجل بعد الدفع كان ضمانه باطلا والفرق ما بينا

وإذا اشترى الصبي المأذون عبدا فأذن له في التجارة فهو جائز لأن الإذن في التجارة من صنيع التجار ومما يقصد به تحصيل الربح ولهذا صح من العبد المأذون فكذلك من الصبي المأذون وكذلك لو أذن له أبوه أو وصيه في التجارة لأن تصرفهما في كسبه وأن مأذونا صحيح بمنزلة البيع والشراء سواء كان على الصبي دين أو لم يكن لأن دين الحر في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين المأذون فإنه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف في كسبه كأجنبي آخر إذا كان الدين مستغرقا وإذن القاضي أو الوالي الذي استعمل القاضي لعبد الصبي في التجارة صحيح بمنزلة إذنه للصبي لأن ولاية التصرف عليه فيما يرجع إلى النظر له ثابت عند عدم الأب والوصي للقاضي أو الوالي وإذن أمير الشرط ومن لم يول القضاء له في ذلك باطل لأنه لا ولاية لهؤلاء عليه في التصرف في نفسه وماله والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي في جميع ذلك لأنه مولى عليه كالصبي ولكنه يعقل التصرف وفي اعتبار عقله توفير المنفعة عليه كما قررنا في الصبي وهذا بخلاف التخيير بين الأبوين فإنه لا يعتبر عقل الصبي في ذلك عندنا لأن الظاهر أنه يختار ما يضره لأنه يميل إلى من لا ينفعه ولا يؤاخذه بالآداب

فلم يكن في هذا التخيير توفير المنفعة عليه ولهذا لا يعتبر عقله في باب الوصية لأن الوصية ليست من التصرفات التي فيها المنفعة له باعتبار الوضع بل هو نظير الهبة في حياته . وإن كان المعتوه لا يعقل البيع والشراء فأذن له أبوه أو وصيه في التجارة لا يصح لأنه بمنزلة الصبي الذي لا يعقل يتكلم عن هذيان لا عن بيان

ولو أذن للمعتوه الذي يعقل البيع والشراء في التجارة ابنه كان باطلا لأنه لا ولاية لابن على الأب في التصرف في ماله وقد بينا أن الإذن في التجارة لا يصح ممن لا يثبت له ولاية التصرف مطلقا وعلى هذا لو أذن له أخوه أو عمه أو واحد من أقربائه سوى الأب والجد فإذنه باطل لما قلنا ." (١)

" (قال – رحمه الله –) (وإذا دفع الرجل إلى عبده مالا يعمل به بشهود وأذن له في التجارة فباع واشترى فلحقه دين ثم مات وفي يده مال ولا يعرف مال المولى بعينه فجميع ما في يد العبد بين غرمائه لا شيء للمولى منه) لأن مال المولى كان أمانة في يده وقد مات مجهلا له والأمانة بالتجهيل تصير دينا والمولى لا يستوجب على عبده دينا وما في يده كسبه بطريق الظاهر فيكون مصروفا إلى غرمائه ولا شيء للمولى منه إلا أن يعرف شيء للمولى بعينه فيأخذه دون الغرماء لأنه عين ملكه وليس من كسب العبد في شيء

وكذلك لو عرف شيء بعينه اشتراه بمال المولى أو باع به مال المولى لأنه بدل ملكه بعينه وحكم البدل حكم المبدل وهذا لأنه يجوز أن تكون عين ملك المولى في يد عبده على سبيل الأمانة كما يجوز أن تكون في يد حر ولو كان دفعه إلى آخر فمات كان هو أحق بما عرف من ماله بعينه أو ببدله فهذا مثله إلا أن هناك إذا لم يعرف بعينه صار دينا وهو يستوجب الدين على الحر وهنا يصير دينا أيضا ولكن هو لا يستوجب دينا على عبده فيبطل

وإذا أقر العبد في حصته بعد ما لحقه الدين بأن هذا المال الذي في يده بعينه هو مال مولاه الذي دفعه إليه لم يصدق على ذلك لأنه تعلق بذلك المال حق غرمائه والمولى يخلف عبده في كسبه خلافة الوارث المورث ثم إقرار المورث لوارثه بعين بعد تعلق الحقوق بها لا يكون صحيحا فكذلك إقرار العبد لمولاه

والأصح أن نقول العبد في حق مولاه متهم فيجعل هو في الإقرار له بالعتق بعد تعلق حق الغرماء بالمال بمنزلة المريض يقر لإنسان بعين وعليه ديون في الصحة وهناك لا يصح إقراره في حق غرماء الصحة فهذا كذلك إلا أن يعرفه الشهود بعينه فحينئذ قد ثبت ملكه بحجة لا تهمة فيها أو يقر به للغرماء فيكون الثابت في حقهم بتصديقهم كالثابت بالبينة وهو نظير إقرار المريض المديون بوديعة الأجنبي

فإن أقام ذلك الرجل ببينة أنه أودعه عبدا وقبضه المريض إلا أن الشهود لا يعرفون العبد بعينه لم يصدق على الغرماء في استحقاق المقر له ملك العين ولكن إذا مات المريض بيع العبد فيقسم ثمنه بين الغرماء وبين المستودع يضرب فيه المستودع بقيمته لأنه يثبت بالبينة أنه أودعه العبد ولم يصح منه تعيين العبد فقد مات مجهلا له والوديعة بالتجهيل تصير دينا ووجوب هذا الدين بسبب لاتهمة فيه والقول في تلك القيمة إن اختلفوا قول الغرماء مع أيمانهم لإنكارهم الزيادة

(١) المبسوط، ٣١٩/٧

ولو أن العبد أقر بالوديعة بعينها لأجنبي كان إقراره جائزا والأجنبي أحق بها من الغرماء وإن لم يكن له بينة على أصل الوديعة لأنه غير متهم في حق الأجنبي وهذا لأنه مأذون أقر بعين بعد ما لحقه الدين وإقرار المأذون بالدفع بعد ما لحقه دين صحيح فكذا إذا أقر بالعين

(ألا ترى) أنه لو أقر بدين استحق المقر له مزاحمة سائر الغرماء فكذلك إذا أقر له بعين استحق العين دونهم بخلاف المريض فإنه محجور لحق الغرماء حتى لو أقر بدين لم يصح إقراره في حق غرماء الصحة فكذلك إذا أقر بالدين

ولو دفع المولى إلى عبده المأذون مالا وأمره أن يشتري الطعام خاصة فاشترى به رقيقا فشراؤه إياه جائز عليه في عتقه لأنه خالف أمر المولى وتنفيذ العقد عليه ممكن لكونه مأذونا وليس للبائع أن يأخذ الثمن من المال الذي دفعه إليه المولى لأن الثمن فيما اشتراه لنفسه دين في ذمته وإنما يقضي ديونه من كسبه لا من أمانة للمولى في يده

وكذلك لو لم يكن مأذونا له ولكنه دفع إليه المال وأمره أن يشتري به الطعام لأنه بهذا يصير مأذونا له فقد رضي المولى بنوع من تصرفه فإن نقد الثمن من مال مولاه كان للمولى أن يتبع البائع بذلك المال حتى يسترده منه بعينه أو مثله إن كان هالكا لأنه غاصب في قبضه مال المولى لنفسه على وجه التملك ثم يرجع البائع على العبد لأن قبضه انتقض من الأصل وكان الثمن دينا في ذمة العبد فبقي كما كان وللبائع أن يطالبه بقضاء الدين من كسبه . ولو أن المولى اشترى متاعا من عبده المأذون بمثل ثمنه فهو جائز لأنه غير متهم في ذلك فإنه ليس في تصرفه إبطال حق الغرماء عن شيء مما تعلق حقهم به وهو كالمريض يبيع عينا من أجنبي بمثل قيمته وعليه ديون الصحة

فإن قيل : لماذا لم يجعل هذا بمنزلة بيع المريض من وارثه بمثل قيمته حتى لا يجوز في قول أبي حنيفة – رحمه الله – فإن المولى يخلفه في كسبه خلافة الوارث المورث

قلنا : منع المريض من هذا التصرف مع الوارث عبده لحق سائر الورثة لأن حقهم متعلق بعين ماله وفي هذا التصرف إيثار بعض الورثة على البعض بالعين فأما ههنا المنع لحق الغرماء وحق الغرماء في المالية دون العين (ألا ترى) أن للمولى أن يستخلص إكسابه لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر وليس في البيع بمثل القيمة إبطال حقهم عن شيء من المالية

فإذا أجاز البيع طالب العبد مولاه بالثمن لحق غرمائه سواء سلم إليه المبيع أو لم يسلم لأن المولى في هذه الحالة كالأجنبي من كسبه لحق غرمائه ولو حابا فيه بما يتغابن الناس فيه أو بما لا يتغابن الناس فيه فهو سواء ويقال للمولى أنت بالخيار إن شئت فانقض البيع وإن شئت فأد جميع قيمة ما اشتريت وخذ ما اشتريت لأن في المحاباة إبطال حق الغرماء عن شيء من المالية والعبد في ذلك متهم في حق المولى والمحاباة اليسيرة والفاحشة في ذلك سواء كما في حق المرتهن لأن تصرفه ما كان بتسليط من الغرماء وإنما يتخير المولى لأنه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض بالتزامها

فإن قيل هذا قولهما فأما عند أبي حنيفة فالبيع فاسد بمنزلة بيع المريض من وارثه فإن هناك لما تمكنت تهمه الإيثار في تصرفه فسد العقد عنده فكذلك هنا بخلاف البيع بمثل القيمة

والأصح أن هذا قولهم جميعا لأن العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الأجنبي

فإن كان المولى قبضه واستهلكه فعليه كمال القيمة لأن المحاباة لا تسلم له وقد تعذر الرد بالاستهلاك فعليه القيمة والقول قوله في فضل القيمة لأنه منكر للزيادة فالقول قوله مع يمينه إلا أن يقيم الغرماء البينة على أكثر من ذلك

ولو كان المولى هو الذي باع متاعه من العبد بمثل قيمته أو أقل منها فبيعه جائز لأنه مفيد فإنه يخرج به من كسب العبد إلى ملك المولى ما كان المولى ممنوعا منه قبل ذلك لحق الغرماء ويدخل به في كسب العبد ما لم يكن تعلق به حق الغرماء وهذا التكلف عندهما

فأما عند أبي حنيفة فالمولى لا يملك كسب عبده المديون كما لا يملك كسب مكاتبه فيجوز البيع بينهما وللمولى أن يمنع البيع حتى يستوفي الثمن كما لو باعه من مكاتبه وهذا لأن البيع يزيل العتق عن ملك البائع ولا يزيل ملك اليد ما لم يصل إليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان حتى يستوفي الثمن

فإن دفع إليه الثمن وقبض ما اشترى فهو جائز ولا سبيل للغرماء على المولى فيما قبض من الثمن لأن المبيع خلف عن الثمن في تعلق حق الغرماء به

ولو سلم المولى ما باعه إلى العبد قبل أن يقبض الثمن والثمن دين على العبد فقبض العبد لما اشترى جائز وهو للغرماء ولا شيء لمولى من الثمن

وعند أبي يوسف قال : هذا إذا استهلك العبد المقبوض فإن كان قائما في يده فللمولى أن يسترده حتى يستوفي الثمن من العبد

وجه ظاهر الرواية أنه بتسلم المبيع أسقط حقه في الحبس وملك اليد الذي كان باقيا له فلو بقي الثمن بقي دينا في ذمة العبد والمولى لم يستوجب على عبده دينا وجه قول أبي يوسف أنه إنما أسقط حقه في العين بشرط أن يسلم له الثمن ولم يسلم فيبقي حقه في العين على حاله ويتمكن من استرداده ما بقيت العين لأنه يجوز أن يكون له ملك العين فيما في يد عبده فكذلك يجوز أن يكون له ملك اليد فيه فأما بعد الاستهلاك فقد صار دينا

ولو كان الثمن عروضا كان المولى أحق بذلك الثمن من الغرماء لأنه بالعقد ملك العرض بعينه ويجوز أن يكون عين ملكه في عبده وهو أحق به من الغرماء ولو كان المولى باع متاعه من عبده بأكثر من قيمته بقليل أو كثير فالزيادة لا تسلم للمولى لكونه متهما في المعاملة مع المولى بحق الغرماء ويكون المولى بالخيار إن شاء نقض البيع

وإن شاء أخذ من العبد قدر قيمة ما باع وأبطل الفضل لأنه ما رضي بخروجه عن ملكه إلا بشرط سلامة جميع الثمن له ولم يسلم

وإذا خرج العبد إلى مصر فأتجر فيه فلحقه دين ثم قال لم يأذن لي مولاي فلان في التجارة وقال الغرماء قد أذن لك فللغرماء بيع جميع ما في يده في دينهم استحسانا

وفي القياس : لا يباع شيء مما في يده حتى يحضر المولى فتقوم عليه البينة بالإذن لأن السبب الموجب للحجر عليه وهو الرق معلوم والغرماء يدعون عارض الإذن والعبد ليس بخصم في ذلك ما لم يحضر مولاه وأكثر ما فيه أن تكون معاملته معهم إقرارا منه بأنه مأذون له ولكن إقراره لا يكون حجة على المولى وما في يده من الكسب ملك المولى كرقبته فكما لا تباع رقبته في الدين حتى يحضر المولى فكذلك لا يباع كسبه

وجه الاستحسان : أن الظاهر شاهد للغرماء لأن استبداد العبد بالتصرف معهم دليل ظاهر على كونه مأذونا ومن حيث العرف الإنسان لا يبعث عبده إلى مصر آخر ما لم يأذن له في التجارة ولكن هذا الظاهر حجة في دفع الاستحقاق

لا في إثبات الاستحقاق وفي حق الرقبة حاجتهم إلى استحقاق ماليتها على المولى والظاهر لا يكفي لذلك فما لم يحضر المولى لا تباع الرقبة فأما في حق الكسب فحاجتهم إلى دفع استحقاق المولى لأن المولى يستحق الكسب من جهة عبده بشرط الفراغ عن دينه

يوضحه : أن الكسب حصل في يده بسبب معاملته وديونهم وجبت بذلك السبب أيضا فهم أحق بالكسب حتى يستوفوا ديونهم منهم بطريق إقامة البدل مقام المبدل وأما الرقبة فسلامتها للمولى لم يكن بالسبب الذي به وجبت الديون عليه فلهذا لا تباع حتى يحضر مولاه

فإن أقام الغرماء البينة أن العبد مأذون له وهو يجحد والمولى غائب لم تقبل بينتهم لخلوها عن الفائدة فإن حقهم ثابت في الكسب من غير بينة والعبد ليس بخصم في حق الرقبة فلو لم تقم البينة على الإذن وأقر به العبد بيع ما في يده أيضا ولم تبع رقبته لأن الخصم في الرقبة المولى وإقرار العبد ليس بحجة على المولى

فإن حضر مولاه بعد ما باع القاضي ما في يده فقضاه الغرماء فأنكر أن يكون أذن له في التجارة فإن القاضي يسأل الغرماء البينة على الإذن من المولى لأنهم يدعون عليه الإذن العارض فلا بد أن يقيم البينة عليه فإن أقاموها وإلا ردوا ما أخذوا

فإن قيل : فأين ذهب قولكم أنهم يستحقون ما في يده باعتبار الظاهر

قلنا نعم ولكن هذا الاستحقاق إنما يكون في حق من لم يثبت له حقيقة الاستحقاق بعد ذلك قبل أن يحضر المولى لأن الملك في رقبته للمولى لا يثبت حقيقة ما لم يحضر فيصدقه في ذلك

(ألا ترى) أنه لو حضر وقال هو حر أو ملك فلان لغيره لم يكن له في كسبه سبب الاستحقاق حقيقة فأما بعد ما حضر وادعى رقبته فقد ظهر استحقاقه حقيقة لكسبه فيسقط اعتبار هذا الظاهر بعد هذا ويحتاج الغرماء إلى إثبات السبب الموجب للاستحقاق لهم في كسبه ورقبته على المولى وذلك الإذن فإذا لم يقيموا البينة على ذلك لزمهم رد ما أخذوا

وإذا اشترى العبد من رجل متاعا فقال الرجل للعبد أنت محجور عليك فلا أدفع إليك ما اشتريت مني وقال العبد أنا مأذون لي فالقول في ذلك قول العبد لأن معاملة الرجل معه إقرار منه بصحة المعاملة وكونه مأذونا له في التجارة فإنه لا يحل للرجل أن يعامل عبد الغير إلا أن يكون مأذونا له فهو في قوله أنت محجور عليك مناقض في كلامه ساع في نقض ما تم به فلا يقبل قوله ولا يمين على العبد لأن اليمين تنبني على صحة الدعوى ودعوى الحجر باطلة للتناقض

وكذلك لو أقام البينة على ذلك لم يقبل منه ويجبر على دفع ما باع وأخذ الثمن منه كما التزمه بالبيع

وكذلك لو كان العبد هو البائع فقال المشتري أنت محجور عليك وقال العبد أنا مأذون لي فالقول قول العبد لما بينا ويجبر المشتري على أخذ ما اشترى ودفع الثمن ولا يمين على العبد ولا تقبل بينة المشتري على أنه محجور عليه ولا على إقرار العبد به عند غير القاضي أنه محجور عليه لأنه مناقض في هذه الدعوى لأنه قد تقدم منه الإقرار بأنه مأذون له

وإن أقر العبد بذلك عند القاضي رد البيع لأن المشترى وإن كان مناقضا فقد صدقه خصمه والمناقض إذا صدقه خصمه والمناقض إذا صدقه خصمه يقبل قوله يوضحه أن تصادقهما على أنه محجور عليه إقرار منهما ببطلان البيه

ولو تقايلا البيع عن تراض جاز فإن حضر للمولى بعد ذلك فقال كنت أذنت له في التجارة جاز النقض الذي كان فيما بين البائع والمشتري ولم يلتفت إلى قول المولى لأن تصادقهما على بطلان البيع بمنزلة الإقالة منهما والإقالة من العبد المأذون صحيحة وكذلك إذا قال لم آذن له ولكن أجزت بيعه لم يبطل ذلك النقض لأن تصادقهما على بطلان البيع يوجب انتفاء البيع مأذونا كان أو غير مأذون والإجازة إنما تلحق البيع الموقوف دون المنتقض

ولو لم يحكم القاضي بنقض البيع حتى حضر المولى فقال كنت أذنت له أو قال لم آذن له ولكني أجزت البيع جاز ذلك البيع لأنهما لو كانا متناقضين في كلامهما فبنفس التكلم لا ينتقض البيع منهما ما لم يتأكد ذلك بقضاء القاضي

فإذا كان البيع قائما قبل أن يحكم القاضي بنقضه لحقه الإجازة من جهة المولى وينفذ بإقراره بأنه كان مأذونا وهذا لأنهما ينكران أصل جواز البيع وإنما يجعل ذلك عبارة عن نقض البيع بنوع اجتهاد فأما في الحقيقة فنقض الشيء تصرف فيه بعد صحته وإنكار الشيء من الأصل لا يكون تصرفا فيه بالنقض بعد صحته كما أن إنكار الزوج النكاح لا يكون إقرارا بالطلاق فإذا كان مجتهدا فيه لا يثبت حكمه إلا بقضاء القاضي

ولو باع العبد متاعا لرجل ثم قال هذا الذي بعتك لمولاي لم يأذن لي في بيعه وأنا محجور علي وقال المشتري كذبت وأنت مأذون لك فالقول قول المشتري لأن إقدامهما على البيع إقرار منهما بصحته فلا يقبل قول من يدعي بطلانه بعد ذلك

وكذلك لو كان العبد هو المشتري ثم قال أنا محجور علي لم يصدق ويجبر على دفع الثمن

فإن حضر المولى وقال لم آذن له في شيء فالقول قوله ويرد البيع والشراء لأن الإذن مدعي على المولى وهو ينكر

وكذلك لو أن عبدا ابتاع من عبد شيئا فقال أحدهما أنا محجور علي وقال الآخر أنا وأنت مأذون لنا فالقول قول الذي يدعي منهما الجواز للبيع والشراء لوجود الإقرار من صاحبه بذلك ولا يمين عليه ولا تقبل بينة الآخر بالحجر ولا على إقراره به عند غير القاضي لكونه مناقضا في دعواه

ولو أقر بذلك عند القاضي أخذ بذلك وأبطل البيع بينهما لتصادقهما على بطلان البيع

وإذا اشترى الرجل وباع ولا يدري أحر هو أو عبد فلحقه دين كثير ثم قال أنا عبد فلان وصدقه فلان وقال هو عبدي محجور عليه وقال الغرماء هو حر فالدين لازم للعبد يباع به إلا أن يفديه مولاه لأن الظاهر من حال مجهول الحال الحرية وقد ثبت للغرماء حق مطالبته بديونهم في الحال فهو إذا أقر بالرق وصدقه المولى فقد زعما أن حق الغرماء متأخر إلى ما بعد عتقه وذلك غير مقبول منهما في حق الغرماء كما لو ادعى المديون أجلا في الدين ثم ليس من ضرورة ثبوت الرق بإقراره أن تتأخر ديونهم إلى ما بعد العتق بل يجوز أن يكون مطالبا بالدين في الحال

وإن كان رقيقا كالعبد المأذون أو المحجور في دين الاستهلاك فهو نظير مجهولة الحال إذا أقرت بالرق لا يقبل إقرارها في إبطال النكاح لهذا المعنى وإذا بقي مطالبا في الحال بالدين وهو رقيق بيع فيه إلا أن يفديه مولاه لأنه ظهر وجوب هذا الدين في حق المولى والدين لا يجب على العبد إلا شاغلا مالية رقبته

ولو جنى عبده جناية بإقرار أو ببينة ثم قال أنا عبد فلان فصدقه فلان بذلك وقال ولي الجناية بل هو حر فهو عبد لفلان ولا حق لأصحاب الجناية في رقبته لأنهم ينكرون تعلق الجناية برقبته ويزعمون أن حقهم على عاقلته ولا يعرف له

عاقلة ثم بين ثبوت الرق بإقراره ووجوب أرش الجناية على عاقلته منافاة وبين حريته كما زعموا واستحقاق رقبته بالجناية منافاة والمتنافيان **لا يجتمعان** وإقرار صاحب الحق معتبر في حقه لا محالة

فإذا أقر أنه حر لم يكن له على أخذ الرقبة سبيل بخلاف الأول فالدين هناك واجب عليه حرا كان أو عبدا إلا أنه إذا ثبت رقه يستوفي الدين من مالية رقبته أو من كسبه وقد ثبت رقه بإقراره

وكذلك عبد مأذون عليه دين فقال غرماؤه لمولاه قد أعتقته وقال المولى لم أعتقه فإن العبد يباع للغرماء لأنهم يدعون العتق والضمان على المولى والمولى منكر فإذا لم يثبت عتقه بقي مستحق البيع في الدين كما كان

ولو كان جنى جناية فقال أصحاب الجناية للمولى قد أعتقته وقال المولى لم أعتقه فالعبد عبد المولى على حاله لإنكاره العتق ولا شيء لأصحاب الجناية لأنهم يزعمون أنه لم يبق لهم حق قبل العبد وإنما حقهم قبل المولى وهو الفداء إذا كان عالما والقيمة بالاستهلاك إذا لم يكن عالما ولا يستحقون ذلك على المولى إلا بإقامة البينة على العتق وسقط حقهم عن العبد لإقرارهم بأنه لا حق لهم في رقبته بخلاف الدين فهناك ما أقروا بسقوط حقهم عن ذمة العبد بالعتق

(ألا ترى) أن ما ادعوا من العتق لو كان ظاهرا بقي الدين بعده في ذمة العبد وللغرماء أن يطالبوه بجميع ذلك وفي الجناية لو كان العتق ظاهرا فرغ به العبد من الجناية فلا يكون للأولياء عليه سبيل بعد ذلك فكذلك إذا ثبت ذلك في حق الأولياء بإقرارهم والله أعلم ." (١)

" (قال - رحمه الله -) (وحكم المأذون في قبض ما اشتراه باليد أو بالجناية عليه كحكم الحر) لأن القبض يصير مستحقا له بالشراء كما للحر

وكذلك إن كانت جارية فوطئها فنقصها الوطء أو لم ينقصها ثم ماتت في يد المشتري من غير الوطء قبل أن يمنعها المشتري من العبد فعلى العبد جميع الثمن لأن المستوفي بالوطء في حكم جزء من العين كالمستوفي بالجناية ثم الوطء من الحر يجعل قبضا فكذلك من العبد لأن العبد لا يفارق الحر في ذلك إلا في حكم الحر والقبض ليس باعتبار صفة الحل بل باعتبار تمكنه من قبضها والتخلي بها حالة الوطء أو باعتبار أنه استيفاء جزء منها حكما وفي هذا الحر والعبد سواء

وكذلك إن أقر بالوطء وكذبه المولى لأن الوطء منه لما كان قبضا فإقراره بالوطء كإقراره بالقبض وإقراره المأذون بقبض ما اشتراه صحيح صدقه المولى في ذلك أو كذبه

وإذا اشترى المأذون من رجل كر حنطة يساوي مائة درهم بثمانين درهما فصب العبد فيه ماء قبل أن يقبضه فأفسده فصار يساوي ثمانين درهما ثم أن البائع بعد ذلك صب فيه ماء فأفسده فصار يساوي ستين درهما فالمأذون بالخيار للتغيير الحاصل فيه بفعل البائع فإنه بما صنع صار مستردا محدثا العيب فيه ولم يوجد من العبد الرضا بذلك فكان له الخيار

فإن اختار أخذ الكر أخذه بأربعة وستين درهما لأن البائع صار متلفا خمس المبيع فسقطت حصته من الثمن وذلك الخمس وخمس ثمانين ستة عشر فإذا سقط من المشتري ستة عشر درهما بقي عليه أربعة وستون

فإن قيل : أتلف البائع ربع الباقي لأن الثمن حين أفسده البائع كان ثمانين وقد تراجع إلى ستين

---

(١) المبسوط، ٧/٣٢٩

قلنا : إنما يعتبر ما أتلف البائع من المبيع والمبيع قيمته مائة والجزء الذي أتلفه المشتري تقرر البيع فيه ولم ينتقض فلهذا سقط بفعل البائع خمس الثمن فإن تركه المشتري فلا ضمان عليه لما أفسد لأن الكر بعينه قد رجع إلى البائع فإنما بقي الفائت بفعل المشتري مجرد الجودة ولا قيمة للجودة في الأموال الربوية منفردة عن الأصل وقد صار البائع راضيا بذلك حين استرده بالإفساد بعد فعل المشتري

ولو ضمن له المشتري النقصان عاد إليه الكر تاما مع زيادة دراهم وذلك ربا

(ألا ترى) أن الغاصب لو أفسد الكر بصب الماء فيه ثم اختار المغصوب منه أخذه لم يكن له أن يضمن الغاصب النقصان فهذا مثله بخلاف ما إذا اختار الأخذ فإنا لو أسقطنا عن المشتري حصة ما أتلفه البائع من الثمن لا يؤدي إلى الربا بل يسلم الكر للمشتري بأربعة وستين درهما وذلك صحيح كما لو أبرأه البائع عن خمس الثمن

ولو كان البائع هو الذي صب فيه الماء أولا ثم المشتري صب فيه الماء فإن المشتري يجبر على قبضه لأنه صار راضيا بالتعييب الحاصل بفعل البائع حين قبضه بالتعييب بعده ويؤدي أربعة وستين درهما لما قلنا وكذلك هذا الحكم في كل مكيل أو موزون

ولو كان المبيع عرضا أفسده المشتري أولا ثم أفسده البائع فإن شاء المشتري أخذه وسقط عنه من الثمن بحساب ما نقصه البائع

وإن شاء نقض المبيع وأدى من الثمن بحساب ما نقصه المشتري لأن المبيع ليس بمال الربا فيكون للوصف منه قيمة منفردا لأن الأوصاف بالتناول تصير مقصودة ويقابلها حصة من الثمن سواء تناولها البائع أو المشتري وقد بينا هذا في البيوع

وإن كان المشتري أفسده بعد البائع لزمه ذلك وسقط عنه من الثمن بحساب ما نقصه البائع لوجود القبض والرضا من المشتري بعد التعييب الذي كان من البائع

وإذا اشترى المأذون كر تمر جيد بعينه بكر تمر رديء بعينه فصب العبد في الكر الذي اشتراه ماء فأفسده ثم صب البائع فيه ماء فأفسده فهو بالخيار لأن البائع عيبه فصار مستردا له بعد تعييب المشتري ولم يوجد من المشتري الرضا بذلك فيتخير لهذا إن شاء أخذه ودفع الكر وإن شاء نقض البيع ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بنقصان الكر في الوجهين جميعا أما إذا رده فظاهر

وإن اختار أخذه فلأنه لو اعتبر جناية البائع ههنا سقط عن المشتري حصته من العوض فيصير بأقل من كر وهو الربا بعينه بخلاف ما تقدم

ولو كان المشتري صب فيه الماء بعد البائع لزمه الكر بجميع الثمن الذي اشتراه به لأنه صار راضيا به حين عيبه بعد البائع ولا يسقط بتعييب البائع شيء من العوض لأجل الربا وله أن يرده بعيب أن وجده قبل القبض أو بعده بالتعييب الحاصل من المشتري بما صب فيه من الماء

وإذا اشترى المأذون من رجل عشرة أرطال زيت بدرهم وأمره أن يكيله في قارورة جاء بها فكال البائع الزيت في القارورة فلما كان فيها رطلين انكسرت والبائع والمشتري لا يعلمان فكالا بعد ذلك جميع ما باعه من الزيت فيها فسال ذلك لم يلزم العبد من الثمن إلا عن الرطل الأول لأن القارورة بالانكسار خرجت من أن تكون وعاء فنبين بهذا أنه حين

أمره بالصب كانت القارورة صحيحة وعاء صالحا للزيت فيقيد أمره بحال بقائها وعاء لما عرف من مقصود المشتري إذ مقصوده كان هو الإحراز دون الإتلاف وقد صب الرطل الأول في القارورة وهي صحيحة فصار المشتري قابضا لذلك الرطل بملكه ثم انكسرت القارورة فسال ذلك الرطل بعد ما صار المشتري قابضا فيلزمه ثمنه ثم بالانكسار خرجت القارورة من أن تكون وعاء فبطل حكم أمر المشتري فصار البائع بصب ما بقي فيها متلفا المبيع بغير أمر المشتري فسقط عن المشتري ثمن ما بقي لانفساخ البيع فيه بإتلاف البائع

وإن كان الرطل الأول لم يسل كله حين صب البائع الرطل الثاني فيه فالبائع ضامن لما بقي من الرطل الأول في القارورة لأن المبيع لما انفسخ فيما بقي من الوجه الذي قررنا تبين أن البائع خلط ما بقي من الرطل الأول في القارورة بمال نفسه ومن خلط زيت غيره بزيت نفسه يكون ضامنا لصاحبه فلهذا ضمن ما بقي سواء كان نصف الرطل أو ثلثه أو ربعه ولو كانت القارورة مكسورة حين دفعه إليه فأمره أن يكيل فيها ولا يعلمان بذلك فكال البائع فيها عشرة أرطال فسالت كلها فالثمن كله لازم على العبد لأنه حين أمره لم تكن القارورة وعاء صالحا لإحراز الدهن فيها فكان ذلك بمنزلة أمره إياه بالإتلاف ومن اشترى شيئا بعينه ثم أمر البائع أن يتلفه ففعل تقرر على المشتري جميع الثمن فكذلك هذا والحر والعبد في هذا سواء لأن إتلاف البائع بأمر المشتري كإتلاف المشتري بنفسه

وقد بينا أن في حكم القبض والإتلاف الحر والعبد سواء ولا معتبر بعلم المشتري وجهله بذلك لأنا لو اعتبرنا جهله بذلك لدفع الضرر عنه كان فيه إضرارا بالبائع وكما يجب دفع ضرر المشتري يجب دفع ضرر البائع ولأنه صرح بالأمر بالصب فيه ومع التصريح لا معتبر بجهله كما لو قال لرجل أتلف هذا المال فأتلفه ثم تبين أنه كان للآمر ولم يكن عالما به لم يضمن المأمور شيئا وهذا بخلاف الأول فهناك إنما صرح بالأمر بالإحراز لكون القارورة صحيحة عند الأمر بالصب فيها فلا يكون هذا الأمر بالإتلاف صريحا فلهذا قيدناه بحال بقاء القارورة صحيحة

وإذا اشترى المأذون جارية فقبضها بغير إذن البائع قبل نقد الثمن فماتت عنده أو قتلها مولاها ولا دين على العبد أو أعتقها لم يكن للبائع أن يضمن العبد ولا المولى قيمتها لأنها صارت مضمونة عليه بالثمن بهذا القبض وضمان القيمة مع ضمان الثمن **لا يجتمعان** ولكنه يطالب العبد بالثمن فيباع له فيه

فإن نقص ثمنه عن حقه كان على المولى تمام ذلك من قيمة الجارية التي استهلكها لأن الجارية صارت كسبا للعبد وقد أتلفها المولى بالقتل أو الإعتاق فلا يسلم له ذلك إلا بشرط الفراغ من دين العبد فإذا لم يف ثمن العبد بثمن الجارية كان المولى ضامنا الفضل من قيمة الجارية لما بينا . ولو كان العبد وكل رجلا بقبضها فقبضها فماتت في يده ضمن الوكيل قيمتها للبائع لأنه جان في حق البائع حين قبضها بغير أمره قبل نقد الثمن فيضمن له قيمتها كالراهن إذا وكل وكيلا باسترداد المرهون فاسترده بغير رضا المرتهن ثم هذه القيمة تكون في يد البائع فإن أوفى العبد الثمن رجعت القيمة إلى الوكيل وإن هلكت القيمة من الوكيل سقط الثمن عن العبد لأن استرداد القيمة كاسترداد عينها ثم يرجع الوكيل بها على العبد لأنه غرم لحقه في عمل باشره له بأمره فيرجع به عليه سواء كان الثمن أكثر من ذلك أو أقل

وكذلك لو كان المشتري حرا فوكل رجلا بقبضها أو أمره بقتلها فقتلها وهذا فصل قد بيناه في آخر البيوع وبينا الفرق بينه وبين ما إذا أمر غيره بأن يعتقها فأعتقها على قول أبي يوسف الآخر وهو قول أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله – فالتسوية بينهما على قوله الأول وذلك كله في البيوع والله أعلم ." (١)

" (قال الشيخ الإمام الأجل الزاهد رحمه الله) ورضي عنه وعن أسلافه : اعلم بأن الجناية اسم لفعل محرم شرعا سواء حل بمال أو نفس ولكن في لسان الفقهاء يراد بإطلاق اسم الجناية الفعل في النفوس والأطراف فإنهم خصوا الفعل في المال باسم وهو الغصب والعرف غيره في سائر الأسامي ثم الجناية على النفوس نهايتها ما يكون عمدا محضا فإنها من أعظم المحرمات بعد الإشراك بالله تعالى . قال الله تعالى : ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ﴾ فقد جعل قتل نفس واحدة كتخريب العالم إن لو كان ذلك في وسع البشر وإنما جعله كذلك لأن الواحد يقوم مقام الجماعة في الدعاء إلى الدين وفي الإعانة لكل من يستعان به فإن التعاون بين الناس ظاهر فالذي يقتل الواحد يكون قاطعا لهذه المنفعة وأيد هذا قول النبي عليه الصلاة و السلام : (لزوال الدنيا أهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم) وقال عليه السلام : (سباب المؤمن فسق وقتاله كفر) وهذا وإن كان تأويله قتاله لإيمانه فظاهره يدل عليه عظم الجناية في قتل المسلم ولهذا كان ابن عباس رضي الله عنه لا يرى التوبة القاتل العمد ولم يؤخذ بقوله حتى روي أن رجلا سأله فقال : ما تقول في من يقتل مؤمنا متعمدا ؟ فقال : جزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما فقال : إلا من تاب وعمل صالحا ثم اهتدى فقال : وأنى يكون له الهدى سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول : (يؤتى بقاتل العمد يوم القيامة عند عرش الرحمن والمقتول متعلق به ويقول : يا رب سل هذا فيم قتلني) وفي ذلك نزل قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا ﴾ وما نسخها شيء بعد نبيكم ولعظم الجناية في قتل العمد لم ير علماؤنا الكفارة على قاتل العمد لأن الوعيد المنصوص عليه لا يرتفع بالكفارة والذنب فيه أعظم من أن ترفعه الكفارة ويستوي فيه إن كان عمدا يجب فيه القصاص أو لا يجب كالأب إذا قتل ابنه عمدا والرجل إذا قتل من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا عمدا والشافعي يوجب الكفارة باعتبار القتل ولكن لا يقول أن ما يلحقه من المآثم يرتفع بالكفارة وكيف يقول ذلك والوعيد منصوص عنده عليه واستدل لإيجاب الكفارة بالقتل بقوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ والمراد إيجاب الكفارة بالقتل لا بصفة الخطأ لأنه عذر مسقط وربما يقول المراد بالخطأ ما يضاد الصواب قال الله تعالى إن قتلهم كان خطأ كبيرا أي ضد الصواب ويقال : فلان أخطأ في مسألة كذا إذا لم يصب والعمد ضد الصواب فتتناوله الآية والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ فإن كان من قوم عدو لكم ﴾ الآية وإنما يقتل المرء عدوه عمدا فعرفنا أن المراد إيجاب الكفارة بقتل العمد وفي حديث واثلة بن الأسقع قال : أتينا رسول الله صلى الله عليه و سلم بصاحب لنا أوجب القتل بالنار فقال عليه السلام : (أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار) وإيجاب النار إنما يكون بقتل العمد والمعنى فيه أنه قتل آدمي مضمون فيكون موجبا للكفارة كالخطأ وشبه العمد وهذا على أصله صحيح لأن إثبات الكفارة بالقياس جائز والزيادة على النص بالقياس جائزة عنده وقياس المنصوص على المنصوص مستقيم

---

(١) المبسوط، ٣٦١/٧

عنده وشيء من ذلك لا يجوز عندنا صحيح علينا نفصل الخطأ على طريق الاستدلال وهو أن الكفارة إنما وجبت على الخاطئ لأنه نقص بفعله من عدد المسلمين أحدهم ممن كان يحضر الجمعة والجماعات فعليه إقامة نفس مقامها وليس في وسعه ذلك بطريق الإحياء فألزمه الشرع ذلك بطريق التحرير لأن الحرية حياة والرق تلف في حق أحكام الدنيا وفي هذا المعنى العامد والمخطئ سواء وحجتنا في ذلك قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ﴾ فهذا يقتضي أن يكون المذكور في الآية جميع أجزائه ولو أوجبنا عليه الكفارة لكان المذكور بعض جزئه فيكون فسا لهذا الحكم ولا وجه لحمل الآية على المستحل لأن المذكور في الآية جزاء قتل العمد وإذا حمل على المستحل كان المذكور جزأ لرده وتبين بهذه الآية أن المراد بقوله : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ ﴾ الخطأ الذي هو ضد القصد لأنه عطف عليه العمد ولا يعطف الشيء على نفسه ولأنه قابله بالعمد ومتى قوبل الخطأ بالعمد فالمراد ما يضاد القصد قال الله تعالى : ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ﴾ ولأنه استثنى الخطأ من التحريم بقوله : إلا خطأ والاستثناء من التحريم إباحة فلو حمل هذا على ضد الصواب أدى إلى أن يكون القتل الصواب هو المحرم وهذا محال فعرفنا أن المراد الخطأ الذي هو ضد القصد فإن أصل ذلك الفعل غير محرم لكونه رمى إلى قصد الصيد أو الحربي لكنه باتصاله بالمحل المحترم يصير محرما ولكن لا يلحقه إثم نفس الفعل لكونه موضوعا عنه كما

قال تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فيما أخطأتم به ﴾ وإنما يلحقه به نوع مأثم بسبب ترك التحرز والكفارة تلزمه لمحو ذلك الإثم والإثم في حق قاتل العمد ليس من ذلك الجنس حتى تمحوه الكفارة ثم أن الله تعالى ذكر أنواع قتل الخطأ ما يكون منه بين المسلمين وما يكون في دار الحرب لقوله تعالى : ﴿ فإن كان من قوم عدو لكم ﴾ أي في قوم عدو لكم وما يكون في حق أهل الذمة لقوله : ﴿ وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق ﴾ ونص على إيجاب الكفارة في كل نوع ففيه إشارة إلا أنه لا مدخل للقياس فيه إذ لو كان للقياس مدخل لنص على الكفارة في نوع من الخطأ ليقاس عليه سائر الأنواع وقال عليه السلام : (خمس من الكبائر لا كفارة فيهن - ومن جملتها قتل نفس بغير حق) والمشهور من حديث واثلة : أتينا رسول الله صلى الله عليه و سلم بصاحب لنا قد أوجب النار فيحتمل أن ذلك بسبب آخر غير القتل ولأن صح قوله بالقتل فهو محمول على القتل بالحجر والعصا الكبير ثم مراد رسول الله صلى الله عليه و سلم التطوع بالإعتاق عنه . (ألا ترى) أنه خاطب به غير القاتل والكفارة لا تجب على غير القاتل والمعنى فيه أن هذا محظور محض فلا يكون سببا لإيجاب الكفارة كالزنا والسرقة وتفسير الوصف أنه حرام ليس فيه شبهة الإباحة وتأثيره أن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فسببهما ما يكون دائرا بين الحظر والإباحة فكما أن المباح المحض وهو القتل بحق لا يصلح سببا للكفارة فكذلك المحظور المحض وإنما السبب القتل الخطأ لأنه باعتبار أصل الفعل مباح وباعتبار المحل الذي أصابه محظور فكان جائزا وشبه العمد كذلك فإن القصد به التأديب والتأديب مباح والقتل بالحجر الكبير عند أبي حنيفة ليس بمحظور محض أيضا من حيث أن الآلة باعتبار جنسها ليس بآلة القتل فتتمكن فيه الشبهة ولهذا لم يجعله موجبا للقود ولا يدخل على هذا قتل الاب ابنه عمدا فإنه محظور محض وإنما لم يكن موجبا للقصاص لانعدام الأهلية فيمن يجب عليه وكذلك قتل المسلم الذي لم يهاجر إلينا محظور محض وإنما لا يكون موجبا للضمان لانعدام الأحراز بالدار وبه لا تخرج الفعل من أن يكون محظورا محضا وكذلك المسلم يقتل المستأمن عمدا فإن الفعل محظور محض وإنما لم يجب القصاص به لانعدام تمام الإحراز ثم قد بينا أنه لا مدخل للقياس في

هذه المسألة عندنا من الوجوه الذي بيناها وكلامه على طريق الاستدلال ممنوع فإن الكفارة وجبت عندنا بطريق الشكر لأن الشرع لما عذره بالخطأ وسلم له نفسه فلم يلزمه القصاص مع تحقق الفعل منه كان عليه أن يقيم نفسا مقام نفسه شكرا لله تعالى وذلك في أن يحرر شبحا ليتفرغ لعبادة الله تعالى فإذا عجز عن ذلك شغل نفسه بعبادة لله فصام شهرين متتابعين وهذا المعنى لا يوجب في حق العامد فإن الشرع ألزمه القصاص وما سلم له نفسه والدليل على أن المعنى ليس ما قلتم أنه لو قتل مستأمنا أو ذميا خطأ يلزمه الكفارة أيضا وما نقص بفعله من عدد المسلمين أحدهم يوضحه أن في نفس المقتول حرمتان والمال في الخطأ وجب اعتبار حرمة صاحب النفس فقط فتجب الكفارة باعتبار حرمة حق الله تعالى . فأما في العمد الواجب هو العقوبة ولا تجب العقوبة إلا باعتبار الحرمتين جميعا لأن الفعل ما لم يكن موجبا للعقوبة إنما يكون حراما لعينه لمجموع الحرمتين فلا يمكن إثبات الكفارة مع ذلك في أحكام الدنيا إذا عرفنا هذا فنقول : جناية القتل أنواع ثلاثة : عمد وخطأ وشبه عمد وقد يكون ذلك من الأحرار وقد يكون من المماليك وكذلك يكون على الأحرار تارة وعلى المماليك تارة وقد ذكرنا في كتاب الديات عامة أحكام هذه الأنواع إلا أنه ذكر في هذا الكتاب بعض ما لم يذكر هناك من الأحكام وفرع على بعض ما ذكرنا من الأصول هناك فبدأ الكتاب بجناية المدبر . وروي عن معاذ بن جبل أن أبا عبيدة بن الجراح رضي الله عنهما جعل جناية المدبر على سيده وعن عمر بن عبدالعزيز أنه جعل جناية المدبر على مولاه وعن إبراهيم وعن عامر رضي الله عنهما قالا : جناية المدبر على مولاه والمراد به ما يكون موجبا للمال من جنايته كالخطأ والعمد فيما دون النفس فأما ما يكون موجبا للقصاص فعلى الجاني خاصة ليس على المولى منه شيء والمراد بإيجاب القيمة على المولى بجناية المدبر لا بإيجاب الدية على المدبر لأن المدبر مملوك والمستحق بجناية المملوك نفسه يدفع بها إلا أنه بالتدبير السابق منع دفعه على وجه لم يصر مختارا إلا أنه ما كان يعلم أنه يجني ولو منعه بالتدبير بعد الجناية على وجه لم يصر مختارا بأن لم يكن عالما بالجناية كان عليه قيمته فكذلك إن منعه بتدبير قبل الجناية وهذه القيمة في مال المولى لا تعقله العاقلة لأن

وجوبها بجناية مملوكه ووصلة الملك بين المملوك والمالك وهذه القيمة في ذمة المولى لا في ذمة المدبر لأن جناية القن لا تتعلق بذمته فكذلك جناية المدبر وعند كثرة قيمة المدبر لا يجب على المولى أكثر من عشرة آلاف إلا عشرة لأن قيمته بعد الجناية عليه لا تزيد على هذا المقدار فكذلك قيمته عند الجناية منه ويستوي جنايته على النفس وما دونها لأن فيما دون النفس الواجب على المولى الأقل من قيمته ومن أرش الجناية لأنه لو كان ما كان الواجب دفعه أو فداه بأرش الجناية بالقيمة هنا بمنزلة الدفع هناك إلا أن التخيير بين القليل والكثير في الجنسين مستقيم وفي جنس واحد لا يستقيم عليه لخلوه عن فأوجبنا الأقل لهذا فإن مات المدبر بعد الجناية فعلى المولى قيمته في ماله لأن جنايته ما تعلقت بنفسه ولا بذمته وإنما أوجبت القيمة دينا على المولى فبقاء المدبر وموته في ذلك سواء وإن اختلفوا في مقدار قيمته بعد موته فالقول قول المولى لإنكاره الزيادة وعلى ولي الجناية إثبات ما يدعيه بالبينة وإذا اختلفوا في قيمته وقت جنايته وهو حي وقيمته ألف فقال المولى : لم تزل هذه قيمته منذ جنى وقال المولى : كانت قيمة يوم الجناية أقل من هذه ولا يعلم متى كانت الجناية لم يصدق واحد منهما وأخذ بالقيمة على ما وجد عليه اليوم على قول أبي يوسف الأول وقال محمد : إذا أقر المجني عليه أن الجناية وقعت قبل اليوم في وقت لا يدري كم كانت قيمته فيه فالقول قول السيد وهو قول أبي يوسف الآخر ولو لم يعلم وقت الجناية عليه تجب قيمته للحال إضافة للحادث إلى أقرب الأوقات ولو علم وقت الجناية وعلم أنها كانت سابقة فعلى قول أبي

يوسف الأول يحكم بقيمته في الحال ولا يصدق المولى في النقصان ولا في قيمته وفي قوله الآخر وهو قول محمد : إذا أقر المجني عليه أن الجناية كانت قبل اليوم في وقت لا يدري كم كانت قيمته يومئذ فالقول قول المولى وجه قول الأول أن قيمته للحال معلوم وفيما مضى مسببه فيرد المسبب إلى المعلوم ويجعل في الحال شاهدا على ما مضى باعتبار الظاهر فيكون القول قول من شهد له الظاهر كما إذا اختلف رب الماء مع المستأجر في انقطاع الماء في المدة فإنه يحكم الحال فيه . (ألا ترى) أنه لو كان عجل الدفع كان مدفوعا بالجناية في الحال فكذلك إذا لم يكن عجل الدفع كان الواجب على المولى قيمته في الحال إلا أن يعلم أن قيمته وقت الجناية كانت دون هذا وجه قوله الآخر أن جنايته لا تتعلق برقبته وإنما يقوم في الحال ليتبين به حكم متعلق برقبته ولكن موجب جنايته قيمته في ذمة المولى وقت الجناية وقيمته في الحال لا يكون دليلا على قيمته وقت الجناية إذ القيمة تزداد تارة وتنقص الأخرى فإن بقي بينهم الدعوى والإنكار فالمولى يدعي الزيادة فيما هود ين له في ذمة المولى والمولى ينكر ذلك فكان القول قول المولى كما في سائر الدعاوى ثم ذكر في الأصل في الدعاوى الجناية على طرف العبد وقد بينا هذا في الزيادات فزاد ها هنا رواية عن أبي يوسف إذا قطع يد عبد كثير القيمة فصالح على عشرة آلاف فإني أرد من الصلح أحد عشر درهما وقال محمد : لا يزاد بدل يد العبد على خمسة آلاف إلا خمسة وكان أبو يوسف يقول : لما تعذر بدل نفسه بعشرة آلاف إلا عشرة فلا بد من أن ينقص بدل طرفه عن بدل نفسه ولا نص في مقدار هذا النقصان فقدره بدرهم واحد اعتبارا للآدمي ومحمد جعل بدل طرفه النصف من بدل نفسه كما في الحر وسوى هذا رواية عن محمد أن الواجب في بدل طرف المملوك نقصان القيمة فقط وهو رواية عن أبي يوسف أيضا وعلى قول أبي حنيفة بدل طرف المملوك يتقدر بنصف بدل نفسه إذا لم يتجاوز الدية إلا أن في رواية الحسن عن أبي حنيفة عم جميع الأطراف في ذلك وفي رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة استثنى الأذن والشعر كالحاجب وشعر الرأس واللحية فقال : أستقبح اعتبار المملوك بالحر في هذا وأوجب نقصان القيمة وجه قول محمد أن طرف الملوك في حكم المال بدليل أنه لا يجري فيه القصاص بحال ويتحمله العاقلة بالجناية على بمنزلة الجناية على سائر الأموال في أنها توجب نقصان المالية بدلا مقدار وجه رواية الحسن عن أبي حنيف رحمه الله : أن الأطراف تابعة للنفس المملوك والحر في ذلك سواء فكما أن موجب الجناية على طرف الحر نصف بدل نفسه فكذلك موجب الجناية على طرف العبد . وجه رواية أبي يوسف : أن البدل المقدر في الحر تارة يجب لتفويت الزينة وتارة يجب لتفويت المنفعة ومعنى الزينة في المملوك غير المطلوب وإنما المطلوب المنفعة ففي كل طرف يجب بدله باعتبار تفويت المنفعة كان العبد فيه كالحر وفي كل ما يجب في الحر باعتبار تفوي الزينة والجمال كالشعر وقطع الأذن

المملوك فيه لا يلحق الحر ولكن يلحق بالمال فيجب النقصان وهذا لأن المملوك يشبه الحر من وجه والمال من وجه والسبيل فيما يردد بين أصلين أن يوفر عليه حظهما وإذا حفر المدبر بئرا في الطريق فوقع فيها رجل فمات فعلى المولى قيمته لأنه بالحفر السابق جان على من وقع في البئر بطريق التسبب فإن دفع المولى قيمته إلى وليه بقضاء قاض فوهب الولي نصف القيمة للمولى ثم وقع فيها آخر قال : يدفع الولي النصف الذي في يده كله إلى الآخر لأنه تبين أن القيمة المقبوضة كانت مشتركة بينهما نصفين فهبة المولى النصف ينصرف إلى نصيبه خاصة دون نصيب شريكه فما بقي في يده كله نصيب شريكه ولأنه صار مستهلكا كالقائم من القيمة إذ لا فرق بين أن يهب ذلك من المولى وبين أن يهب من أجني آخر وما

استهلكه كالقائم في يده حكما فعليه أن يدفع نصف قيمته إلى شريكه فإن وقع فيها ثالث وقد غرم الواهب نصف القيمة للثاني بأمر القاضي فعلى الواهب لولي الثالث سدس القيمة لأنه تبين أن القيمة والواجبة كانت بينهم أثلاثا وأن حق الثالث في ثلث القيمة إلا أن نصف ذلك في النصف الذي هو في يد الثاني ولا ضمان على الأول فيه لأنه دفعه بقضاء قاض فيرجع به على الثاني ويأخذ منه ثلث ما في يده ونصف حقه وهو سدس القيمة كان في النصف الذي وهبه الأول وهو مستهلك لذلك فلهذا يغرم له سدس القيمة ولا سبيل له على المولى لأن المولى قد أدى ما عليه من القيمة وإنما يملك الموهوب بتملك صحيح من الواهب ولا سبيل لأحد عليه وإن حفر المدبر بئرا في الطريق فوقع فيها رجل فمات ثم كاتب المولى المدبر ثم وقع فيها رجل آخر فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ولا شيء على المكاتب لأنه إنما صار جانيا بالحفر السابق وقد كانت تلك الجناية قبل الكتابة فلهذا لا يجب على المكاتب شيء . (ألا ترى) أنه لو أعتقه مولاه أو أدى بدل الكتابة فعتق ثم وقع فيها رجل كان على المولى قيمته ولا شيء على المعتق ولا على عاقلته وعلى هذا يعتبر قيمته يوم الحفر لأنه صار جانيا بذلك الحفر . (ألا ترى) أن عند الوقوع قد يكون المدبر ميتا ولا تتحقق الجناية من الميت وعلى هذا لو أعتقه المولى بعد الحفر ثم وقع المولى في البئر فمات كان دمه هدرا لأنه صار جانيا بالحفر وهو كان مملوكا للمولى عند ذلك وجناية المملوك على المالك فيما يوجب المال هدر وكذلك لو وقع فيها عبد للمولى عند ذلك والمولى وارثه أو ابنه أو بعض من لا يرثه إلا المولى فدمه هدر لأنه لو اعتبر كان موجبا للمولى على نفسه إلا المكاتب فإن على المولى الأقل من قيمة المكاتب يوم وقع فيها ومن قيمة المدبر يوم حفر البئر يؤدي من ذلك مكاتبته وما بقي فهو ميراث لأن المكاتب إذا ترك وفاء فهو في حكم الأجنبي عن المولى فتعتبر الجناية عليه في إيجاب الأقل من قيمته يوم وقع في البئر ومن قيمة المدبر يوم حفر ليؤدي منه المكاتبة فتحصل له الحرية ثم ما بقي ميراث فإن كان للمكاتب ولد حر فهو ميراث له وإلا فهو للمولى بالولاء ويستوي إن كان حفر المدبر البئر قبل أن يكاتب المولى هذا العبد أو بعده لأن جنايته فيما اتصلت به حين وقع في البئر وهو مكاتب في هذه الحالة وإن كان الواقع فيها ابن المولى وله وارث غير المولى فهو ضامن حصة من يرث معه من قيمة العبد ويسقط حصته بمنزلة دين آخر واجب للابن على الأب ثم مات الابن فإنه يسقط حصته من ذلك ويؤدي حصة الابن الآخر ولو حفر المدبر البئر ثم أعتقه المولى ثم مات المولى ثم وقع في البئر إنسان فمات كانت قيمة المدبر في مال المولى لأن الحفر كان جناية منه في حال كونه مملوكا للمولى وكان موجبه القيمة على المولى إذا اتصل الوقوع به فيكون هذا نظير ما لو حفر المولى بنفسه ثم وقع فيها دابة بعد موته فكما أن هناك قيمة الدابة تكون في تركة المولى فيها هنا قيمة المدبر كذلك وإن لم يترك المولى شيئا فلا شيء على ورثته ولا على المعتق لما بينا أن موجب هذه الجناية الدين في ذمة المولى وليس على الوارث قضاء دين المورث من مال نفسه ولا على المعتق شيء من دين المعتق مدبر قتل دابة رجل وأحرق ثوب آخر فعليه السعاية في قيمة ذلك كله لأن جنايته على المال توجب الضمان دينا في ذمته يقضي من كسبه وسعايته ولكن يصير بهذا مأذونا له في التجارة حتى لا ينفذ سائر تصرفاته لأن انفكاك الحجر منه يعتمد الرضا من المولى به صريحا أو دلالة ولم يوجد وحاله ها هنا كحال العبد المحجور عليه يلزمه دين بالاستهلاك فلا يصير به مأذونا ولكنه لو اكتسب كسبا أو وهبت له هبة فذلك كله مصروف إلى دينه فإن قضى به دين أحدهما كان للآخر أن يشارك فيه لأن القاضي لما قضى لهما

موجبا الدين في ذمته فقد تعلق حقهما بكسبه فلا يملك تخصيص أحدهما بقضاء دينه وإبطال حق الآخر بمنزلة العبد المحجور عليه يخص بعض غرمائه بقضاء الدين من كسبه وهناك حق الباقين حق المشاركة معه ولو أن رجلا أعتق عبدا في مرضه ولا مال له غيره أو له مال غيره يخرج العبد من ثلثه ثم أن العبد قتل سيده خطأ فعليه أن يسعى في قيمتين في قول أبي حنيفة إحداهما رد الوصية فإن العتق في المرض وضية ولا وصية للقاتل والأخرى لأجل الجناية لأن المستسعى في قيمة عبده مكاتب وجناية المكاتب على مولاه خطأ كجناية الأجنبي فيلزمه قيمته كذلك وعند أبي يوسف ومحمد : عليه قيمة واحدة لرد الوصية والدية على عاقلته لأن المستسعى عندهما حر عليه دين فجنايته خطأ تكون على عاقلته ولو أن عبدا جرح مولاه فأعتقه مولاه ثم مات من تلك الجراحة فإن كان المولى صاحب فراش سعى العبد في قيمته لورثته وإن كان المولى يجيء ويذهب فالعبد حر لا سبيل عليه لأنه إذا كان صاحب فراش فهو مريض والإعتاق منه بمنزلة الوصية ولا وصية لقاتل وإذا كان يذهب ويجيء فهو بمنزلة الصحيح ينفذ إعتاقه لا بطريق الوصية . (ألا ترى) أن رجلا لو جرح رجلا جراحة وأقر له بدين وهو جيء ويذهب جاز وإن كان صاحب فراش لم يجز وحصل ذلك بمنزلة الوصية منه للقاتل ولو أن مدبرة قتلت مولاها خطأ وهي حبلى ثم ولدت بعد موته فلا سعاية على ولدها في شيء من قيمته لأنه وجب عليها السعاية في قيمتها لرد الوصية فكانت كالمكاتبة عند أبي حنيفة والمكاتبة إذا ولدت ولدا فالولد يدخل في كتابتها ويعتق بعتقها وليس عليه شيء من بدل الكتابة وعندهما هي حرة والولد ينفصل عنها حرا ولو جرحت مولاها ثم ولدت ثم مات المولى من تلك الجراحة فعليها السعاية في قيمتها لرد الوصية ويعتق الولد من الثلث لأن الولد انفصل عنها وهي مدبرة فإن المولى حي حين ولدت وهي إنما تعتق بموت المولى وولد المدبرة مدبر ولم يوجد من الولد ما يحرمه من الوصية فكان هذا من الثلث مدبر تاجر عليه دين قتل مولاه خطأ فعليه أن يسعى في قيمة رقبته لغرمائه وما بقي من الدين عليه على حاله . أما وجوب السعاية عليه في قيمة رقبته فلرد الوصية حين قتل مولاه ثم غرماؤه أحق بهذه القيمة من المولى لأن المولى صار ضامنا لهم شيئا فإن حقهم كان في كسبه . (ألا ترى) أن المولى لو أعتقه في حياته لم يغرم لهم شيئا فكذلك إذا أعتق بموته ولكن هذه القيمة بدل ماليته وغرماؤه أحق بمكاتبته من مولاه . (ألا ترى) أنه لو قتل في حياة مولاه كانت قيمته لغرمائه دون مولاه وأما وجوب ما بقي من الدين عليه فلأن في حال حياة المولى كان الدين واجبا بمعاملته فبقي بعد موت المولى على حاله وكذلك لو كان عبدا مأذونا عليه دين جرح مولاه ثم أعتقه المولى وهو صاحب فراش ثم مات من جراحه ولا مال له غيره لأنه أعتقه وهو مريض فيكون ذلك بمنزلة الوصية ولا وصية لقاتل وإن أعتقه وهو يجيء ويذهب فإن كان ترك مالا فغرماء العبد بالخيار إن شاؤوا أخذوا قيمة العبد من تركته لأن المولى أتلف عليهم مالية رقبته بالإعتاق ويأخذون قيمته من تركته ويتبعون العبد ببقية دينهم وإن شاؤوا باعوا العبد بجميع دينهم لكن الدين واجب بمعاملته في ذمته ولا سعاية على العبد لورثة المولى لأن المولى أعتقه في صحته مدبر ضرب مولاه ورجلا أجنبيا خطأ بدئ بأحدهما قبل الآخر إلا إن كان الأجنبي مات قبل المولى فلورثة الأجنبي قيمة المدبر في مال المولى لأنه صار قاتلا له وهو مدبر فيجب قيمته دينا في ذمة المولى ويستوفي من تركته بعد موته ويسعى المدبر في قيمته لورثته لأنه صار قاتلا لمولاه فصار محروما من الوصية فعليه رد قيمته للورثة لبطلان الوصية وكذلك لو مات المولى قبل الأجنبي لأن المدبر إنما صار قاتلا للأجنبي بالضربة وقد وجدت منه في حال حياة المولى فيكون موجبها القيمة على المولى . (ألا ترى) أن مدبرا لو جرح رجلا ثم مات المولى بعد ذلك كانت القيمة في مال المولى وكذلك

إن لم يعلم أنهما ماتا أولا لا إن قد علمنا أن الجناية من المدبر لأن قيمته كانت دينا لهم على المولى وما يسعى فيه المدبر ملك المولى وحق غرمائه في ملكه مقدم على حق ورثته وإن كان لرجلين مدبران لكل واحد منهما مدبر فقطع كل واحد منهما يد صاحبه فيرثا جميعا فإن سيد كل واحد منهما يضمن نصف قيمة مدبر صاحبه يوم جنى عليه مدبره إلا أن يكون قيمة مدبره أقل من ذلك لأن موجب جناية المدبر الأقل من قيمته مدبرا ومن أرش الجناية فإن ماتا جميعا ضمن كل واحد منهم قيمة مدبره إلا أن يكون قيمة مدبر صاحبه أقل فحينئذ يلزمه ذلك لأن كل منهما صار قاتلا لصاحبه بفعل كان منه في

حياته فموته بعد ذلك لا يمنع وجوب القيمة على المولى وإن مات أحدهما دون الآخر فعلى مولى الباقي الأقل من قيمة مدبره ومن قيمة المقتول وعلى مولى المقتول الأقل من قيمة الميت ومن نصف قيمة الحي لأن أرش الجناية عليه هذا المقدار وإن أعتقهما مولاهما بعد الجناية كان على كل واحد منهما الأقل من قيمة مدبره وأرش جنايته على صاحبه إلى يوم أعتق الآخر سيده ولا يضمن الفضل الذي حدث في الجناية بعد العتق لأن إعتاق المجني عليه بمنزلة البرء في انقطاع السراية به لمعنى يبدل المستحق وقد بيناه في الديات مدبر بين رجلين أثلاثا جنا جناية فعليهما قيمته على قدر حصتهما فيه لأن وجوب القيمة على المولى لمنعه دفع الرقبة بالتدبير السابق وإنما منع كل واحد منهم بقدر ملكه فيلزمه من القيمة بقدر ذلك وكذلك لو كان أحدهما دبر نصيبه منه واختار الآخر تركه على حاله في قول أبي حنيفة لأن التدبير عنده يتجزأ إلا أن الآخر لا يخاطب بالدفع أو الفداء في نصيبه لأن مدبر البعض لا يحتمل التمليك كمعتق البعض فيتعذر عليه دفع نصيبه كما يتعذر عليه نصيبه مدبر بين رجلين على أحدهما جناية فعلى الآخر نصف قيمته له لأن قيمته نصيب المجني عليه فما يكون موجبا للمال عليه هدر وجناية تصيب صاحبه عليه معتبرة . (ألا ترى) أنه لو كان محل الدفع كان يخاطب صاحبه بدفع نصيبه إليه فكذلك يخاطب بدفع نصف القيمة إليه إذا كان نصيبه مدبرا فإن أعطى ذلك بأمر القاضي ثم جنى المدبر على أجنبي فعلى المولى المجني عليه نصف قيمة المدبر للأجنبي لأن الجناية الأولى لم تثبت في نصيبه فكأنه لم يوجد من نصيبه إلا هذه الجناية على الأجنبي فيغرم نصف قيته له فيكون النصف الباقي فيما أخذه المولى المجني عليه من صاحبه يقتسمانه على مقدار أنصاف جنايتهما لأنه اجتمع في ذلك النصف جنايتان والمولى لا يغرم بجنايات المدبر وإن كثرت إلا قيمة واحدة وقد غرم قيمة نصيبه للمجني عليه مرة فلا يغرم شيئا آخر ولكن ما غرم يكون مشتركا بينهما لأن الأجنبي قد وصل إليه نصف حقه فإن ما بقي نصف حقه والمولى المجني عليه ما تثبت من الجناية عليه إلا نصفه فكان هذا النصف بينهما نصفان فإن جنى المدبر بعد ذلك جناية مالية لم يكن على المولين بسبب هذه الجناية شيء آخر لأن كل واحد منهما غرم قيمة نصيبه مرة ولكن الآخر يتبع المولى المجني عليه الأول فيكون ما أخذه المولى والأول بينهما وبين هذا الآخر يضرب فيه كل واحد منهم بنصف حقه ويكون ما أخذ الأول أيضا من المولى المجني عليه بينه وبين هذا الآخر يضرب كل واحد منهما فيه بنصف الجناية لاستواء حقهما فيه وكذلك إن جنى بعد ذلك جناية أخرى فهو على هذا القياس والمعنى الذي بينا يعم الفصول كلها وإذا جنى المدبر على أحد موليه جناية تزيد على قيمته فغرم شريكه له نصف قيمته بأمر القاضي ثم جنى المدبر على الآخر فغرم شريكه له نصف قيمته بأمر القاضي ثم جنى على أجنبي جناية فإنه يضرب مع كل واحد من المولين فيما في يده بنصف الجناية لأن كل واحد من المولين غرم قيمة نصيبه بجناية المدبر مرة فلا يغرم شيئا آخر ثم حق الآخر

استوى بحق كل واحد من المولين في النصف الذي وصل إليه من القيمة فكذلك يقسم كل نصف بينه وبين من في يده نصفان رجل مات وترك مدبرا لا مال له غيره فجنى المدبر جناية فعليه أن يسعى في الأقل من قيمته ومن أرش الجناية ويسعى المدبر في ثلثي قيمته في قول أبي حنيفة لأن بموت المولى عتق ثلثه بالتدبير ولزمه السعاية في ثلثي قيمته والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده وجناية المكاتب توجب عليه في كسبه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية وعلى قولهما حر عليه دين فجنايته تكون على عاقلته وعاقلته عاقلة مولاه ثم عند أبي حنيفة حكمه في الجناية كحكم المكاتب حتى إذا جنى جنايتين قبل أن يقضي القاضي عليه بشيء فليس عليه إلا قيمة واحدة إلا أن يكون القاضي قضى عليه للأول بالقيمة ثم جنى جناية أخرى فحينئذ تلزمه القيمة للثاني وعلى قول زفر : لا فرق بين ما قبل القضاء وبين ما بعده وهو قول أبي حنيفة الأول وقد بينا هذا في الديات وفيه إشكال ها هنا فإن في المكاتب جعلنا جنايته في رقبته لتوهم دفعه بالجناية بعد العجز وهذا لا يتحقق في معتق البعض فكان ينبغي أن يكون موجب جنايته القيمة في ذمته ابتداء سواء قضى بها القاضي أو لم يقض ولكنا نقول الدفع ها هنا متوهم أيضا فإن من العلماء من يقول معتق البعض يستدام فيه الرق فيما بقي منه ويكون محتملا للتمليك والتملك فإن اجتهد القاضي هذا القول حكم به عند عجزه عن الأداء بعد حكمه فلهذا تتعلق جنايته برقبته كما تتعلق بجناية المكاتب إلا أنهما

يفترقان في فصل وهو أن هذا المدبر لو مات بعد جنايته قبل أن يسعى في ثلثي قيمته للورثة وعليه دين فإن ما تركه بين أصحاب الجناية وأصحاب الدين الذين لهم عليه بالحصص بخلاف المكاتب فقد بينا أن هناك إذا لم يقض القاضي بالجناية على المكاتب حتى مات وعليه دين كان صاحب الدين مقدما على صاحب الجناية لأن هناك بموته عاجزا تنفسخ الكتابة ويبطل حق ولي الجناية فكان صاحب الدين أقوى من هذا الوجه وهذا المعنى لا يوجد هنا فإن بموته لا ينفسخ السبب الموجب للسعاية عليه ولكن يتحول حق ولي الجناية إلى القيمة باعتبار الناس عن الدفع سواء كان قضى القاضي بالدفع أو لم يقض فلهذا كان مساويا لصاحب الدين ولو ترك ولدا له من ابنه ولم يترك مالا يسعى الولد فيما على أبيه لأنه بمنزلة ولد المكاتبة وقد بينا أن الولد هناك بعد موت أبيه يسعى في بدل الكتابة وفيما كان على ابنه لأصحاب الدين والجناية فإن كان المدبر قد سعى فيما قد كان للورثة ولم يقض القاضي عليه بالجناية حتى مات الأب يسعى في ثلثي قيمة أبيه لأن هذا بمنزلة بدل الكتابة وفيما على أبيه لأصحاب الدين والجناية فإن كان المدبر قد سعى فيما قد كان للورثة ولم يقض القاضي عليه بالجناية حتى مات الإب لم يسع الابن في شيء لأن الأب عتق بأداء ثلثي قيمته إلى ورثته والولد عتق بعتقه وإنما كان يجب عليه السعاية لتنفيذ العتق بالأداء فإذا عتق بالأول في حياته لم يطالب بشيء من دين أبيه كما لا يطالب به سائر ورثة أبيه رجل أوصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه ثم مات الوصي فجنى العبد جناية بعد موته قال : يدفعه إلى الورثة وتبطل الوصية أو يفدونه متطوعين من أموالهم ويعتقونه عن الميت لأن الوصية بالعتق لا تصير منفذة بدون التنفيذ فجنى بعد موت المولى قبل أن يعتق كان هو بمحل الدفع وهو مبقي على محل ملك المولى فيخاطب من يخلف المولى بالدفع وإذا دفعه بطلت الوصية لفوات محلها فإذا اختار فداه فهو متطوع في ذلك في غير محله عليه فهو كما لو تبرع أجنبي بالفداء عنه وإذا ظهر عن الجناية يعتق عن الميت كما كان يعتق إنما تنفذ من ثلثه وجناية المدبر الذمي بمنزلة جناية مدبر المسلم لأنه مانع دفع الرقبة بالتدبير اسابق كالمسلم فإن الذمي ملزم أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات فليس له أن يتبع مدبره

كما ليس له أن يتبع أم ولده وسواء ما جنى قبل إسلامه وما جنى بعد إسلامه ما لم يقض عليه بالسعاية لمولاه الذمي من أجل إسلام المدبر لأن نفس الإسلام لا يضر ما لم يقض عليه بالسعاية . (ألا ترى) أن مولاه لو أسلم بقي مدبرا له على حاله فيكون موجب جنايته على مولاه فإن قضى القاضي عليه بالسعاية في قيمته ثم جنى كان عليه في كسبه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية لأنه صار بمنزلة المكاتب بقضاء القاضي . (ألا ترى) أن مولاه لو أسلم بعد هذا بقي هو في حكم المكاتب يعتق بأداء القيمة إلا أن يعجز عنها فيكون هو في جنايته كالمكاتب وهذا بالإجماع . أما عند أبي حنيفة فلأن المستسعى بمنزلة المكاتب بقضاء القاضي وأما عندهما فلأنه إنما يسعى ليعتق بخلاف معتق البعض وأما مدبر العبد الحربي المستأمن فإن كان دبره في دار الحرب ثم جنى العبد في دار الإسلام قيل للحربي : ادفعه أو افده لأن التدبير في دار الحرب باطل بمنزلة الإعتاق فإن الحربي إذا أعتق عبده في دار الحرب كان عتقه باطلا وإذا أخرجه إلى دار الإسلام كان له أن يتبعه فكذا إذا دبره في دار الحرب كان له أن يتبعه في دار الإسلام وإن كان بمحل التبع يخاطب مولاه في جنايته بالدفع أو الفداء وإن كان دبره في دار الإسلام فهو بمنزلة مدبر الذمي لأن تدبيره في دار الإسلام صحيح كإعتاقه فيتعذر به دفع الرقبة ويلزمه القيمة بجنايته دينا عليه فإن دبره في دار الإسلام ثم لحق الحربي بدار الحرب والعبد في دار الإسلام ثم جنى جناية لم يكن على العبد منها شيء لأن موجب جنابة المدبر القيمة دينا في ذمة مولاه والدين في ذمة الحربي لا تعلق له بمدبره فإن رجع الحربي بأمان أو مسلما أو أسلم أهل داره أخذه بقيمته كما يؤخذ بسائر الديون الواجبة عليه فإن سبى الحربي فالمدبر حر لأن نفسه تبدلت بالسبي من صفة المالكية إلى صفة المملوكية وكذلك كموته حكما فيعتق به مدبره لأن الحرية حياة والرق تلف ولأنه بالرق خرج من أن يكون أهلا للملك فلا يبقى المدبر على ملكه ولا يحتمل النقل إلى غيره فيعتق لهذا والجناية تبطل لأنها كانت دينا عليه والحربي إذا سبي عليه دين يبطل وقد بينا هذا في المأذون وإن قتل المولى ولم يسب أو مات بالمدبر حر ولا حرمة لحق ورثته من أهل الحرب فلا يجب على المدبر السعاية لحقهم ولكنه مدبر مات مولاه لا وارث له فيعتق كله من غير سعاية وإذا فقأ الحر عين

مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو قطع يديه أو أذنيه أو رجليه كانعليه نقصان ذلك لأن إيجاب جميع القيمة على الجاني غير ممكن ها هنا فإن شرط وجوب جميع قيمة الدية دفع الجثة بدليل أنه لو كان قنا فغرم الجاني جميع القيمة بهذه الجناية سلمت له الجثة واتخاذ هذا الشرط متعذر في هؤلاء فيكون الواجب نقصان المالية بمنزلة ما لو جنى على المملوك جناية ليس لها أرش مقدر فإنه يجب نقصان ولو فعل ذلك عبد بأن فقأ عينه أو قطع يديه كان عليه قيمته كاملة فإذا أخذها المولى دفع إليه الجثة عندنا . وقال الشافعي : ليس عليه دفع الجثة إلى الجاني ولكن يأخذ منه القيمة ويسلم له الجثة لأن القيمة بدل عن الفائت خاصة فإن الجناية على المماليك بمنزلة الجناية على الأحرار ولهذا يقدر بدل طرفه بكمال بدل نفسه كما في الحريم الواجب في حق الحر يكون بدلا عن الفائت دون القائم فكذا منه في حق العبد وهذا على أصله مستقيم فإنه يجعل طرف العبد مضمونا بالقصاص بطرف الحر ولا أجمعنا على أنه لو قطع إحدى اليدين من العبد بغرم نصف القيمة ولا يملك به شيئا من الجثة بل يكون ذلك بدلا عن الفائت خاصة فكذلك إذا قطع اليدين اعتبارا للكل بالبعض وأصحابنا يقولون : يوفر على المولى كمال بدل ملكه وملكه محتمل للنقل فلا يحتمل للبدل على نفسه على ملكه كالغاصب إذا أخذ منه

المغصوب القيمة بطريق الصلح بالاتفاق أو بقضاء القاضي عندنا وهذا لأن البدل والمبدل **لا يجتمعان** في ملك رجل والضمان إنما يجب جبرا للفائت فمع بقاء أصل ملكه في العين لا يملك إيجاب الضمان بطريق الجبران ثم الدليل على أن الواجب ها هنا بدل عن جميع العبد لأن الواجب يقدر بمالية العبد وأن العبد صار في حكم المستهلك لفوات منفعة الجنس منه ولو كان مستهلكا حقيقة كان الواجب من القيمة بدلا عنه فكذلك إذا صار مستهلكا حكما وإذا ثبت أن الواجب بدل عن الكل فيملك به ما يحتمل التمليك دون ما لا يحتمله والجثة وإن كانت مستهلكة حكما فهي محل التمليك بخلاف ما إذا كانت مستهلكة حقيقة فأما في الحر لا يمكن أن يجعل بمقابلة الجثة إذ لا قيمة للحربي الحر لأن جعل القيمة بمقابلة الجثة إنما يجعل ليتملك والحر لا يحتمل ذلك فلو جعلنا الدية بمقابلة الجثة إنما يجعل ليتمكن من إتلافه الجثة وهذا لا وجه له فأما إذا قطع إحدى اليدين من العبد فهناك الجثة قائمة حقيقة وحكما لبقاء منفعتها فيجعل الواجب بمقابلة المتلف خاصة وهذا لأن الواجب جزء من مالية المعتق والفائت جزء من العين فيمكن جعل الجزء بمقابلة الجزء وها هنا الواجب جميع مالية العين والفائت جزء من العين حقيقة وجميع المالية لا يمكن أن تجعل بمقابلة الجزء فلهذا جعلنا القيمة بمقابلة الكل يوضحه أنه إذا غرم نصف القيمة بقطع إحدى اليدين . فأما إن ملك نصفا معينا من جانب اليد المقطوعة والحيوان لا يحتمل ذلك أو نصفا شائعا من جميع العبد فيكون ذلك ثلاثة أرباعه معنى لأن اليد من الآدمي نصفه وقد فات النصف وملك نصف ما بقي فذلك ثلاثة أرباع ولا يجوز أن يسلم ثلاثة أرباعه بضمان نصف القيمة . فأما ها هنا الواجب جميع مالية العين ولا يسلم له إلا جميع مالية العين تمليكا وإتلافا فإن أبى المولى أن يدفع الجثة لم يكن له أن يرجع بشيء على الجاني في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : له أن يرجع بنقصان المالية وفي ظاهر المذهب عندنا الخيار ثبت للمولى بين أن يدفع الجثة ويأخذ القيمة وبين أن يمسك ويأخذ النقصان وكان أبو بكر الأعمش رحمه الله يقول : الخيار للجاني بين أن يأخذ الجثة ويغرم القيمة وبين أن يغرم النقصان ولا يأخذ الجثة لأن الضمان عليه فالخيار في مقدار ما يلزمه من الضمان إليه والأصح هو الأول ووجه قولهما أن العبد في حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال حتى لا يتعلق القصاص بالجناية على أطرافه بحال ولا تتحمله العاقلة وتجب بالغة ما بلغت فعرفنا أنه بمنزلة المال وفي الجناية على الأموال يثبت الخيار للمال ." (١)

" (قال – رحمه الله –) (وإذا أوصى بعتق عبد بعد موته أو قال : أعتقوه أو قال : هو حر بعد موتي بيوم وأوصى لإنسان بألف درهم تحاصا في الثلث وليس هذا من العتق الذي يبدأ به وإنما يبدأ به إذا قال : هو حر بعد موتي عنهما أو أعتقه في مرضه ألبتة أو قال : إن حدث لي حدث من مرضى هذا فهو حر فهذا يبدأ به قبل الوصية وكذلك كل عتق يقع بعد الموت بغير وقت فإنه يبدأ به قبل الوصية) بلغنا عن ابن عمر وإبراهيم قالا : إذا كان وصية وعتق فإنه يبدأ بالعتق وكان المعنى فيه أن العتق الذي يقع بنفس الموت سببه يلزم في حالة الحياة على وجه لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف الوصية بالعتق فإنه يحتمل الرجوع عنه ولكن هذا لا يستقيم في قوله (إن حدث لي محدث من مرضى هذا) فإن هذا يحتمل الفسخ ببيع الرقبة

(١) المبسوط، ٧/٤٤٦

ولو قال هو حر بعد موتي بيوم فإن سببه لا يحتمل الفسخ بالرجوع عنه ومع ذلك لا يكون مقدما على سائر الوصايا

ولكن الحرف الصحيح أن يقول : ما يكون منفذا عقيب الموت من غير حاجة إلى التنفيذ فهو في المعنى أسبق مما يحتاج إلى تنفيذه بعد الموت لأن هذا بنفس الموت يتم والآخر لا يتم إلا بتنفيذ من الموصى بعد موت الموصي والترجيح يقع بالسبق

يوضحه : أن العتق المنفذ بعد الموت مستحق استحقاق الديون فإن صاحب الحق ينفرد باستيفاء دينه إذا ظفر بجبس حقه وههنا يصير مستوفيا حقه بنفس الموت والدين مقدم على الوصية فالعتق الذي هو في معنى الدين يقدم أيضا فأما ما يحتاج إلى تنفيذه بعد الموت فهو ليس في معنى الدين فيكون بمنزلة سائر الوصايا

ولو أعتق أمته في مرضه فولدت بعد العتق قبل أن يموت الرجل أو بعد ما مات لم يدخل ولدها في الوصية لأنها ولدت وهي حرة وهذا التعليل مستقيم على أصلهما لأن المستسعاة عندهما حرة عليها دين والعتق في المرض نافذ عندهما كسائر التصرفات وكذلك عند أبي حنيفة إن كانت تخرج من ثلثه

وإن كان الثلث أكثر من قيمتها فعليها السعاية فيما زاد على الثلث وتكون بمنزلة المكاتبة ما دامت تسعى وحق الغرماء والورثة لا يثبت في ولد المكاتبة لأن الثلث والثلثين لا يعتبر من رقبتها إنما يعتبر من بدل الكتابة فلا يثبت حق المولى في ولدها حتى يعتبر خروج الولد من الثلث

فإن ماتت قبل أن تؤدي ما عليها من السعاية كان على ولدها أن يسعى فيما على أمه في قياس قول أبي حنيفة بمنزلة ولد المكاتبة وعندهما لا شيء على الولد لأنه حر فلا يلزمه السعاية في دين أمه بعد موتها ولو دبر عبدا له وقال : إن حدث لي حدث من مرضى هذا فأنت حر ثم مات من مرضه تحاصا في الثلث لأنهما استويا في معنى الاستحقاق بعد الموت على معنى أن كل واحد منهما في مرض موته فيتحاصان في الثلث

ولو أوصى لعبده بدراهم مسماة أو بشيء من ماله مسمى لم تجز كما لو وهب له في حال حياته وهذا لأن الكسب يملك الرقبة ففي حياته الملك له في الموصى به والموصى له بعد موته الملك لورثته في جميع ذلك فهذه الوصية لا تفيد شيئا والعقود الشرعية لا تنعقد خالية عن فائدة

(قال) (ولو أوصى له ببعض رقبته عتق ذلك المقدار وسمى في الباقي في قول أبي حنيفة بمنزلة ما لو وهب له بعض رقبته في حياته) لأن العتق عند أبي حنيفة يتجزأ ولو أوصى له برقبته كلها عتق من الثلث وكذلك لو وهب له رقبته أو تصدق بها عليه في مرضه عتق من الثلث ولو أوصى له بثلث ما له جاز لأن هذه الوصية تتناول ثلث رقبته فإن رقبته من ماله فيعتق ذلك القدر منه بالموت ويصير عندهما حرا

وعند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب فتصح الوصية له بالمال فإذا بقى له من الثلث شيء أكمل له ذلك من رقبته وأعطى ما فضل على ذلك إن كان في المال

وإن كان في قيمته فضل على الثلث سعى فيه للورثة بعد موته

ولو أوصى بعبده لرجل ثم أوصى بذلك العبد أن يعتق أو يدبر فهذا رجوع عن الوصية الأولى لأن بين الوصيتين في محل واحد منافاة يعنى التمليك والعتق بعد موته فالإقدام على الثانية منه دليل الرجوع عن الأولى ولأنه صرفه بالوصية الثانية إلى حاجته واستثنى ولاء لنفسه ولو صرفه إلى حاجته في حياته كان به راجعا عن الوصية الأولى أرأيت لو لم يكن راجعا فأعتق الوصي نصفه عن الميت كان يضمن للموصى له النصف الباقي من تركة الميت أو يستسعى الغلام فيه أو يكون شريكا في الغلام هذا كله مستبعد

(قال) (ولو أوصى بعبده لرجل ثم أوصى أن يباع من آخر بثمن سمى حط عنه الثلث ولا مال له غيره فللموصى له بالبيع أن يشتري خمسة أسداس العبد بثلثي قيمته إن شاء أو يدع) لأن الوصية بالمحاباة بمنزلة سائر الوصايا وقد استوت الوصيتان من حيث استغراق كل واحد منهما الثلث بينهما نصفان لصاحب البيع نصفه وهو السدس وللآخر نصف الثلث وهو سدس الرقبة ولا يقال ينبغي أن يباع جميع العبد من الموصى له بالبيع بخمسة أسداس قيمته لأن الوصية بالرقبة وصية بالعين فلا يمكن تنفيذها من محل آخر بسوى العين وإن أبى الموصى له بالبيع أن يشتريها كان للموصى له بالعين ثلث الرقبة لأن الوصية بالمحاباة كانت في ضمن البيع وقد بطلت الوصية بالبيع حين ردها الموصي له فيسلم الثلث للموصى من ذلك له بالرقبة

ولو أوصى بعتقه ثم أوصي له أن يباع وعلى عكس هذا قال آخر بالآخر لأن هاتين الوصيتين لا يجتمعان في محل واحد والثانية منهما دليل الرجوع عن الأولى فهو كالتصريح بالرجوع

وإذا أوصى بعبده أن يباع ولم يزد على ذلك أو أوصي بأن يباع بقيمته فهو باطل لأنه ليس في هذه الوصية معنى القربة فيجب تنفيذها بحق الموصي ولا حق فيها للعبد أيضا لأن صفة المملوكية فيه لا تختلف بالبيع إنما يتغير النسبة من حيث أنه ينسب إلى المشترى بالملك بعد ما كان منسوبا إلى البائع ولا يمكن تنفيذها لحق الموصى له وهو المشترى لأنه مجهول جهالة نسبة ولو أوصي أن يباع نسيئة صحت الوصية بنسبة البيع للعتق بأن يحسن العبد خدمة مولاه فيرغب في إعتاقه ولا يتمكن من ذلك لغلة ماله فيبيعه نسيئة ويحط من ثمنه ممن يعتقه ليحصل به ما هو مقصود وهو تخليص العبد عن ذل الرق وهو معنى قوله عليه السلام لبعض أصحابه (فك الرقبة وأعتق النسمة) الحديث في تنفيذ هذه الوصية حق الموصي وحق العبد فيجب تنفيذها لذلك ثم يباع كما أوصى ويحط من ثمنه مقدار الثلث إن لم يجد من يزيدهم علي ذلك ولأن معدن الوصية الثلث وفي تنفيذ هذه الوصية حق الموصى فيجب تنفيذها من معدن هو خالص حقه وهو الثلث

ولو أوصى أن يباع من رجل بعينه ولم يسم ثمنا فإنه يباع منه بقيمته لا ينقص منه شيء لأن تنفيذ هذه الوصية لحق المشتري وهو معلوم وإنما أوصى له بالعين بعوض يعد له فكان تنفيذ هذه الوصية ببيعه منه بمثل القيمة فإن شاء أخذ وإن شاء ترك

ولو أوصى بأن يعتق عبده وأبى العبد أن يقبل ذلك فإنه يعتق من الثلث لأن تنفيذ هذه الوصية لحق الموصى فإنه استثنى ولاءه لنفسه

ولو أوجب العتق له لم يرتد برده مراعاة لحق المولى في الولاء فكذلك إذا أوصي بعتقه

ولو أوصى بعتق عبده وأوصي بأن يباع عبدا آخر من فلان بكذا وحط من قيمته مقدار الثلث فالثلث بينهما نصفان لأنهما استويا في القوة من حيث إن كل واحد منهما يحتمل الرجوع عنه ويحتال إلى تنفيذه بعد الموت

فإن كان أعتق العبد بنفسه بأبى عتقه ثم با ع العبد الآخر وحط عنه الثلث من جميع المال قيل للمشترى يحط عنك نصف الثلث وأد ما بقي إن شئت ويسعى المعتق في نصف قيمته وإن بدأ بالبيع ثم أعتق سلمت المحاباة للمشتري وعلى العبد السعاية في قيمته

وهذا قول أبي حنيفة – رحمه الله – فإنه يقول إذا بدأ بالمحاباة ثم بالعتق تقدم المحاباة وإذا بدأ بالعتق تحاصا

وإن كانتا محاباتين أو عتقين تحاصا وفي قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – يبدأ بالعتق في الوجوه كلها ولا يحط شيء من القيمة عن المشتري إلا أن يفضل شيء من الثلث

وفي قول زفر – رحمه الله – إن ما بدأ به منهما يبدأ به لأن لكل واحد منهما نوع قوة وقوة المحاباة من حيث إن سببه تجارة وهو غير محجور عن التجارة بسبب المرض وقوة العتق من حيث إنه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه فلما استويا في القوة يبدأ بما بدأ به منهما بمنزلة واجبين أو تطوعين

وأبو يوسف ومحمد قالا : المحاباة بمنزلة الهبة حتى لا تصح ممن لا تصح منه الهبة كالأب والوصى والعتق مقدم على الهبة وإن أجره فكذلك المحاباة وهذا لأن المحاباة إما أن تكون تمليك العين بغير عوض أو إسقاطا للعوض فإن كان إسقاطا فهو كالإبراء عن الدين وإن كان تمليكا فهو كالهبة والعتق مقدم على كل واحد منهما لأن المعنى الذي لأجله قدمنا العتق على الهبة أن الاستحقاق به يثبت بنفسه وأنه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه بخلاف الهبة وهذا المعنى موجود في المحاباة لأنه يحتمل الفسخ كالهبة يوضحه : أن الوصية بالمحاباة ثابتة بطريق البيع ولهذا لو فسخ البيع لا تبقى الوصية بالمحاباة وما يكون مقصودا بنفسه فهو أقوى مما يكون ثابتا تبعا

وأبو حنيفة يقول : المحاباة أقوى سببا من العتق لأن بسبب المحاباة التجارة فإن البيع بالمحاباة عقد تجارة حتى يجب للشفيع الشفعة في الكل والشفعة تختص بالمعاوضات دون التبرعات ولهذا قلت : إن البيع بالمحاباة يصح من العبد المأذون والصبي المأذون وبالمرض لا يلحقه الحجر عن التجارة فأما العتق تبرع محض وبالمرض يصير محجورا عن التبرعات فمن هذا الوجه المحاباة أقوى ومن حيث الحكم العتق أقوى لأنه لا يحتمل الفسخ غير أن السبب يسبق الحكم لأن الحكم يثبت بالسبب فلهذا بدأ بالمحاباة قلنا : يبدأ بها لبداية الموصى ولقوة السبب

فإذا بدأ بالعتق فالعتق يقدم سببه على المحاباة حسا وسبب المحاباة أقوى حكما فيقع التعارض بينهما في قوة السبب فقلنا بأنهما يتحاصان وإنما يبدأ بما بدأ به الموصي إذا كانا لمستحق واحد فأما إذا كانا لمستحقين فلا كما لو أوصى بثلثه لإنسان ثم أوصي بثلثه لآخر ولا يستدل عليهم إلا بما قالوا أن الوصية بالمحاباة بيع فإن ما يثبت ضمنا للشيء يعتبر حكمه بذلك الشيء كالبيع الذي يثبت ضمنا للعتق يجعل بمنزلة العتق حتى لا يتوقف على القبول وهذا لما ثبت ضمنا للتجارة يجعل بمنزلة التجارة وإنما لا يحتمل العتق الفسخ لفوات المحل فإن المسقط يكون مثلا شيئا وتعذر الفسخ عند فوات المحل ثابت في البيع والهبة أيضا

يوضح ما قلنا : أن المحاباة تستحق استحقاق الديون لأن استحقاقها بعقد ضمان فمن هذا الوجه هي كالديون ومن حيث إنه لا يقابله بدل مقصود كان بمنزلة التبرع فيوفر حظه عليهما فلشبهه بالتبرع يعتبر من الثلث ولشبهه بالديون يكون مقدما على ما هو تبرع محض إذا حصلت البداية بها فإن بدأ بالبيع وحابى بالثلث ثم أعتق عبدا وهو الثلث ثم باع وحابى بالثلث فللبائع الأول نصف الثلث ونصف الثلث بين المعتق والمشتري الآخر لأنه لا مزاحمة للعتق مع المحاباة الأولى فيجعل في حقها كالمعدوم ويقسم الثلث بين المحاباتين نصفين ثم النصف الذي يصيب المشترى الآخر يزاحمه فيه المعتق لأن المعتق مقدم عليه وإنما كان المعتق محجورا لحق صاحب المحاباة الأولى وخرج الوسط حين استوفى حقه ففيما بقي يعتبر حق صاحب العتق وصاحب المحاباة الأخرى فلهذا كان الباقي بينهما نصفين

(قال) (وإذا اشترى الرجل ابنه في مرضه بألف درهم وذلك قيمته وله ألف درهم سوى ذلك فإن ابنه يعتق ولا سعاية عليه ويرثه في قول أبي حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد يسعى في جميع قيمته ويقاص بها من ميراثه لأن العتق في المرض وصية ولا وصية لوارث والابن وارث ها هنا بالاتفاق فيلزمه رد رقبته لبطلان الوصية له وقد تعذر رده فليزمه السعاية في قيمته وهو بناء على أصلهما أن المستسعى حر عليه دين فبوجوب السعاية عليه لا يخرج من أن يكون وارثا

وأبو حنيفة يقول : لو أوجبنا عليه السعاية في قيمته كان مكاتبا لأن المستسعى في بدل رقبته عنده مكاتب والمكاتب لا يرث فيجب تنفيذ الوصية له

وإذا أنفذنا الوصية له وأسقطنا عنه السعاية صار وارثا لا يزال يدور هكذا وقطع الدور واجب فيجمع له بين الميراث والوصية لضرورة الدور لأن ثبوت الوصية للوارث أسهل من إبطال ميراثه

(ألا ترى) أن الميراث لا يرتد برد أحد فإنه واجب بإيجاب الله تعالى والوصية للوارث تصح عند إجازة الورثة فلهذه الضرورة جمعنا له بين الوصية والميراث وهو نظير جواز تنفيذ الوصية فيما زاد على الثلث لضرورة الدور وقد بينا ذلك في كتاب الهبة أنه قد تنفذ الهبة في ثلث المال لضرورة الدور

والوصية للوارث بمنزلة الوصية للأجنبي بما زاد على الثلث

ولو اشترى ابنه بألف درهم وقيمته خمسمائة وأعتق عبدا له آخر يساوي خمسمائة ولا مال له غيرهما :

ففي قول أبي حنيفة المحاباة تقدم لأنه بدأ بها وقد استغرقت الثلث فيجب على كل واحد من العبدين السعاية في قيمته ولا يرث الابن شيئا لما عليه من السعاية

وعندهما : العتق مقدم إلا أن الابن وارث فلا وصية له ولكن يعتق العبد الآخر محاباة ويسعى الابن في قيمته ويطالب البائع بالرد فما زاد على قيمته من الثمن فيكون ميراثا بينهم على فرائض الله تعالى

ولو كان قيمة الابن ألفا فاشتراه بألف وأعتق عبدا آخر يساوي ألفا على قول أبي حنيفة يتحاصان في الثلث ويسعى الابن فيما زاد على حصته ولا ميراث له لأنه مستسعى في بعض قيمته فلا يكون وارثا

وعند أبي يوسف ومحمد : الابن وارث فعليه أن يسعى في جميع قيمته ويقاص بها من ميراثه

(قال) (وإذا أعتق الرجل أمته ثم تزوجها وهو مريض ثم دخل بها وقيمتها ألف درهم ومهر مثلها مائة فإن كانت قيمتها ومهر مثلها يخرج من الثلث جعلت لها الميراث والمهر وأجزت النكاح وإن كانت قيمتها ومهر مثلها لا يخرج من

الثلث دفع لها مهر مثلها والثلث مما بقى بعد المهر ثم سعت فيما بقى من قيمتها ولا ميراث لها وهذا قول أبي حنيفة) وقد طعن عيسى – رحمه الله – في اشتراطه خروج القيمة ومهر المثل من الثلث قال : كيف يستقيم هذا والمهر دين يعتبر من جميع المال والقيمة وصية تعتبر من الثلث ولكن يقول مراده من ذلك خروج القيمة من الثلث بعد دفع مهر المثل من المال لأن مهر المثل دين فيعتبر فيبدأ به ثم إذا كانت القيمة تخرج من ثلث ما بقي فقد عرفنا نفوذ العتق وصحة النكاح وثبوت الميراث لها ولكن يجمع على أصله لها بين الميراث والوصية لضرورة الدور وإن كانت قيمتها ومهر مثلها لا يخرج من الثلث فقد علمنا بوجوب السعاية عليها في بعض قيمتها وإنها كالمكاتبة والمولى إذا تزوج مكاتبته لا يصح النكاح ولكنه لما دخل بها يلزمه مهر مثلها للشبهة فيأخذ مهر مثلها أولا ثم لها الثلث مما بقى بطريق الوصية ويسعى فيما بقي من قيمتها

وفي قول أبي يوسف ومحمد النكاح جائز على كل حال لأن المستسعاة عندهما حرة عليها دين فيكون لها مهر مثلها والميراث وعليها السعاية في قيمتها لأنها حين ورثت لم يكن لها وصية فيحاسب بالقيمة التي عليها من مهرها وميراثها لأنه لا فائدة في قبض ذلك منها حين وجب ردها عليها فإن بقي شيء أداه إلى الورثة وإن كان زادها شيئا على مهر مثلها بطلت الزيادة لأنها وارثة له

ولو أعتق أمته وقيمتها ألف ثم استدان منها مائة درهم ثم تزوجها ثم مات ولم يدخل بها وترك ألفين سوى ذلك عندهما هذا والأول سواء والنكاح جائز وترث ولها مهرها لانتهاء النكاح بالموت ولها دينها الذي استدان منها لكون ببينة معاينة وعليها السعاية في قيمتها لأنها لا وصية لها

وعند أبي حنيفة : النكاح باطل لأنها تستوفي دينها من المال ثم لها ثلث ما بقي بطريق الوصية وقيمتها ومهر مثلها يزيد على الثلث فلذلك بطل النكاح

ولو أعتقها وليس له مال غيرها ثم تزوجها فاستدان منها مائتي درهم فأنفقها على نفسه وذلك في مرضه ثم مات فالنكاح باطل في قول أبي حنيفة ولا ميراث لها ولا مهر إذا لم يكن دخل بها وعليها السعاية في ثلث ما بقي بعد الدين

ولو أعتقها في مرضه ثم تزوجها وليس له مال غيرها ثم اكتسب مالا تخرج هي ومهرها من ثلثه فإن النكاح جائز ولها المهر والميراث ولا سعاية عليها لأن المعتبر عند الموت فإن وجوبه الوصية يكون عند موته وعند ذلك رقبتها تخرج من الثلث بعد المهر فلا تسعى في شيء وتبين أن النكاح كان صحيحا بينهما بالموت فلها المهر والميراث ويجمع لها بين الميراث والوصية لضرورة الدور

وإذا أشهد الرجل على وصيته في كتاب شهودا ولم يقرأها عليهم ولم يكتبها بين أيديهم فإن ذلك لا يجوز لأنهم لم يعرفوا ما في الكتاب والشهادة على ما قال في الكتاب لا على الكتاب وبدون علم الشاهد المشهود به لا يصح الإشهاد وإن قرأها عليهم فقالوا : نشهد عليك بذلك فحرك رأسه بنعم ولم ينطق فهذا باطل لأنهم لم يسمعوا إقراره وتحريك الرأس من الناطق لا يكون إقرارا إذ هو محتمل في نفسه يجوز أن يكون لاستبعاد الشيء ويجوز أن يكون للرضي به

وإن كتبها بين أيديهم وقال : اشهدوا أنها وصية أو قرأها عليهم فقال : اشهدوا أن هذا وصية فهو جائز لأنهم سمعوا إقراره وعلموا بما كتبه بين أيديهم أو قرأه عليهم

وكذلك لو قالوا نشهد أن هذه وصيتك قال : نعم فهو جائز لأنه أخرج كلامه مخرج الجواب فيصير ما تقدم كالمعاد فيه قال تعالى : ﴿ فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم ﴾ (الأعراف : ٤٤) وإذا شهد الشاهدان أنه أعتق أحد عبديه في وصيته وقالا : سماه لنا فنسيناه لم تجز شهادتهم لأنهم لم أثبتوا الشهادة وقد أقروا على أنفسهم بالغفلة وبأنهم ضيعوا الشهادة وإن شهدوا أنه أعتق أحد عبيده الأربعة بغير عينه فهذا والأول سواء في القياس

ولكني استحسن هذا وأجيزه فيعتق من كل واحد منهم ربعه ان كانت قيمتهم سواء ويسعى كل واحد في ثلاثة ارباع قيمته وقد تقدم بيان هذا في العتاق فإن كانت قيمتهم مختلفة أخذ أقلهم قيمة وأكثرهم قيمة فجمعنا قيمتهما ثم أخذنا نصف ذلك وقسمناه بينهم على قدر قيمتهم حتى إذا كان قيمة أحدهم ألفا وقيمة الثاني ألفين وقيمة الثالث ثلاثة آلاف وقيمة الرابع أربعة آلاف فإنه يجمع بين أقلهم قيمة وأكثرهم قيمة وذلك خمسة آلاف ثم يؤخذ نصف ذلك وهو ألفان وخمسمائة فيضرب أحدهم فيه بألف والآخر بالفين والآخر بثلاثة آلاف والآخر والآخر بأربعة آلاف فإذا جعلت كل ألف سهما بلعغت السهام عشرة فللاول عشر ألفين وخمسمائة وذلك مائتان وخمسون ربع قيمته وللثاني عشران وذلك خمسمائة ربع قيمته وللثالث ثلاثة اعشار وذلك سبعمائة وخمسون ربع قيمته فإن قيمته ثلاثة الاف وللآخر أربعة اعشار وهو ألف درهم ربع قيمته فإن كان له عبدان فشهد الشاهدان انه قال هذا حر وهذا فإنه يعتق من كل واحد منهما نصفه وليس للورثة أن يعتقوا أحدهما ويمسكوا الآخر لان العتق بالموت يشيع فيهما وإنما ينفذ من ثلث ماله ولو شهدوا انه قال لفلان عبدى هذا أو عبدى هذا للآخر وصية وهما يخرجان من الثلث كان للورثة أن يعطوه أيهما شاؤا لان المستحق واحد وهو الموصى له والاقل متيقن به فللورثة أن لا يعطوه الزيادة على ذلك بخلاف العتق وهناك العتق شاع فيهما بالموت لان المستحق مختلف وليس أحدهما بالتقديم بأولى من الآخر ولو شهدوا أنه أعتق عبده هذا وهو يخرج من الثلث ثم شهد آخران من الورثة أنه أعتق عبدا آخر سواه فشهادتهما جائزة ويتحصان في الثلث لانه لا تهمة في شهادة الورثة فان فيه ابطال ملكهم عن العبد وتأخير حقهم الى خروج السعاية فكانوا في هذه الشهادة كالاجحانب وقد ثبت حق كل واحد منهما بمثل ما ثبت به حق الآخر فيتحاصان في الثلث ولو شهد الاجنبيان أنه أوصى لفلان بالثلث واجازه القاضي ثم شهد الوارثان انه أعتق عبده هذا في مرضه وهو الثلث جاز اعتاقه من الثلث وبطلت الوصية بالثلث لان ثبوتهما بالبينة كثبوتهما بالمعاينة والعتق المنفذ في الثلث مقدم على سائر الوصايا وذكر في الزيادات ان شهادة الوارثين لا تقبل ها هنا لان الموصى له بالثلث استحق الثلث عليهما بقضاء القاضي فهما بهذه الشهادة يبطلان استحقاقه وما قضى به القاضي عليهما بهذه الشهادة فلا يقبل ولكن يعتق العبد لاقرارهما بفساد رقه وعليه السعاية في قيمته لان العتق في المرض نفذ من الثلث وقد بينا ان الثلث كله مستحق للموصى له بقضاء القاضي لو شهد الاجنبيان أنه أوصى ان يعتق عبده سالم وهو الثلث وشهدا وارثان انه رجع عن ذلك وأوصى بعتق عبد زياد وهو الثلث جازت شهادتهما لانه لا منفعة في هذه الشهادة للورثة اذ لا فرق في حقهم بين أن يكون الاول هو السمتحق للثلث عليهم أو الآخر ولانهما يشهدان للآخر على الاول فهو بمنزلة مالو أوصي لرجل بالثلث فشهد وارثان انه قد رجع عنه وجعله لهذا الآخر أو انه اشركه معه فيه ولو كانت قيمة العبد الثاني أقل من الثلث أجزت شهادتهما للآخر فأعتقه ولا أصدهما على الفصل الذي في الاول لانهما بشهادتهما على الرجوع عن وصيته يجران الى أنفسهما منفعة ولا تقبل شهادتهما على ذلك ولكن يثبت عتق الآخر بشهادتهما لان أحد الحكمين ينفصل عن

الآخر ولا تهمة في هذا فينفذ العتق للعبدين من الثلث بالحصص ولو شهد شاهدان انه أعتق عبديه هذين في مرضه وقيمة أحدهما ألف وقيمة الاخر خمسمائة ولا مال له غيرهما فالثلث بينهما اثلاثا لان الوصية لكل واحد منهما بالبراءه عن السعاية فيضرب بجميع ما أوصى له به في الثلث وان كان أكثر من الثلث ولو كان أوصي بأحدهما لرجل وبالآخر لآخر فكذلك عند أبي يوسف ومحمد الجواب وعند أبي حنيفة الثلث بينهما نصفان لان الموصي له بالعين تبطل وصيته فيما زاد على الثلث عند عدم الاجازة ضربا واستحقاقا وإذا قال الرجل في مرضه لعبد له ومدبر أحدكما حر ثم مات ولا مال له غيرهما وقيمتهما سواء فللمدبر ثلثا الثلث وللآخر ثلثه لان قوله أحدكما حر يتخييرا العتق وهو معتبر في حق المدبر لحاجته الى ذلك فيجب له حرية رقبته ويشيع فيهما بالموت قبل البيان فكان ألقن موصى له بنصف رقبته والمدبر موصى له بجميع رقبته والمدبر موصى له بجميع رقبته لا يزاد على ذلك شيء بما أصابه من العتق في المرض لان العتق في المرض وصية كالتدبير فيضرب المدبر في الثلث بجميع رقبته والقن بنصف رقبته فكان الثلث بينهما اثلاثا ولو كان قال في الصحة سعى المدبر في سدس قيمته والآخر في نصف قيمته لان العتق في الصحة من جمع المال فإذا فات البيان بالموت عتق من كل واحد منهما نصفه من جميع المال وانما مال الميت رقبة

واحدة والمدبر موصي له بالنصف الباقي من قبته فتنفذ وصيته من الثلث فيسلم له بالعتق البات نصف الرقبة وبالتدبير ثلث الرقبة ويسعى في سدس القيمة وانما يسلم للقن نصف رقبته بالعتق البات فيسعى في قيمته ولو شهد شاهدان انه دبر عبده فلانا ان قتل وانه قد قتل وشهد شاهدان انه مات موتا فأنى أجيز العتق من الثلث لان في احدى الشهادتين اثبات العتق والقتل وفي الاخرى نفيهما والمثبت من التينتين أولى وكذلك لو شهدا انه أعتقه ان حدث به حدث في مرضه أو سفره هذا وانه قد مات في ذلك السفر أو المرض وشهد آخران انه رجع من ذلك السفر ومات في أهله فأنى أجيز شهادة شهود العتق لان في شهادتهما اثبات العتق واثبات تاريخ سابق في موته وان شهد هذان الآخران انه قال ان رجعت من سفري هذا فمت في أهلي ففلان حر وانه قد رجع فمات في أهله وجاؤا جميعا الى القاضي فانى لا أجيز شهادة اللذين شهدا على الرجوع وأجيز شهادة اللذين شهدا انه مات في أهله ذلك لانهما أثبتا موته بتاريخ سابق ولا بد من القضاء بموته في ذلك الوقت لانعدام المعارض ثم الموت لا يتكرر عادة فيبطل شهادة الاخرين جميعا ضرورة (ألا ترى) ان الرجل ولو قال ان مت في جمادى الآخر ففلان حر وان مت في رجب ففلان حر لعبد آخر فشهد شاهدان انه مات في جمادى الآخر وشهد آخران انه مات في رجب أخذنا بقول الشاهدين على الموت الاول لهذا المعنى ولو شهدا انه قال ان مت من مرضى هذا ففلان حر وقالا لا ندرى مات أم لا فقال الغلام مات منه وقالا لوارث صح منه ثم مات فالقول قول الوارث مع يمينه لان الغلام يدعى شرط العتق والوارث منكر لذلك فالظاهر وان كان يشهد للغلام ولكن ثبوت الشرط ظاهر الا يكفي لثبوت الحرية لان الظاهر يدفع به الاستحقاق ولا يثبت به الاستحقاق وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة العبد لانه هو المثبت للشرط والعتق وان قال ان مت من مرضي هذا ففلان حر وان برأت منه ففلان آخر حر فقال العبد قد مات منه وقال الوارث قد برأ فالقول قول الوراث لما بينا فإن أقام الآخر البينة على ما يدعى اعتقته أيضا لانه يثبت العتق ببينة

لنفسه وان قامت البيناتان لهما أخذت ببينة الذين شهدوا على الوقت الاول انه مات من مرضه وأبطلت الاخرى لانه لا يموت مرتين واذا أمته في الاول بطل الآخر ضرورة لان الميت لا يموت والله أعلم ." (١)

" (قال) ولو أن أخوين تزوجا أختين فأدخلت امرأة كل واحد منهما على أخيه فوطئها فعلى كل واحد من الواطئين مهر مثل الموطوءة وعليها العدة ولا يطأ واحد منهما امرأته حتى تحيض عنده ثلاث حيض لأن كل واحد منهما وطئ امرأة أخيه بشبهة وقضى علي رضي الله عنه في الوطء بالشبهة بسقوط الحد ووجوب مهر المثل على الواطئ والعدة على الموضوءة ثم العدة من الوطء بشبهة وأضعف من النكاح الصحيح فلا تكون له رافعة فترد كل واحدة على زوجها ولكن لا يطؤها لمعنيين أحدهما إنما معتدة من غيره والثاني إن أختها في عدته فإن حاضت إحداهما ثلاث حيض دون الأخرى فليس لزوجها أن يطأها أيضا لأن أختها في عدته ولو ولدت كل واحدة منهما ولدا فإن الولد يلزم الذي وطئ إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر ما بينها وبين أربع سنين ما لم تقر بانقضاء العدة وهذا الجواب بناء على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فأما عند أبي حنيفة فيثبت نسب ولدها من الزوج لأن فراشه صحيح وفراش الواطئ فاسد وأصل المسألة في كتاب الدعوة إذا نعى إلى المرأة زوجها فتزوجت بزوج آخر وولدت منه ثم رجع الزوج الأول حيا ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر وقد وطئها لم يثبت النسب من الواطئ بالاتفاق لأن هذا العلوق سبق وطؤه وإنما يثبت النسب من الزوج لأنها علقت به على فراشه ولو أن أحد الأخوين دخل بامرأة أخيه فوطئها والآخر أدخلت عليه فلم يطأها فإن الواطئ يغرم مهر مثل الموطوءة وترد على زوجها ولكن لا يطؤها زوجها حتى تنقضي عدتها من الواطئ ولا مهر على الآخر التي أدخلت عليه لأنه ليس بينه وبينها نكاح وبمجرد الخلوة بالأجنبية لا يلزمه المهر لأن الخلوة إنما تقام مقام الوطء بعد صحة النكاح لضرورة وجوب التسليم فترد على زوجها ولكن لا يدخل بها زوجها حى تنقضي عدة الأخرى لأن أختها في عتدته وكذلك لو كان وطئها فيما دون الفرج لم يجب عليه المهر لأن الوطء فيما دون الفرج لا توجب الحد إذا تعرى عن التسمية ولا يوجب المهر ولا العدة عند تمكن الشبهة أيضا قال وقد استحسن بعض العلماء إذا كان كل واحد منهما قد وطئ المرأة التي أدخلت عليه أن يطلق امرأته التي لم يدخل بها ويغرم لها نصف المهر ويتزوج كل واحد منهما الموطوءة فيغرم لها مهر مثلها بالدخول الأول والمهر بالنكاح وهذا الفصل منقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه وقد بينا حكاية هذه المسألة في كتاب الحبل فبهذا استدلوا على أن الكتاب ليس من تصنيف محمد رضي الله عنه فإنه في تصنيفاته لا يستر قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقد ستره هنا بقوله وقد استحسن بعض العلماء ولو كان هذان الأخوان تزوجا أجنبيتين فأدخلت كل واحدة منهما على زوج صاحبتها فهذا وما تقدم سواء إلا في خصلة واحدة إذا حاضت إحداهما ثلاث حيض دون الأخرى كان للزوج الذي حاضت امرأته أن يطأها لأن في المسألة الأولى إنما كان لا يطؤها في الفصل لأن أختها في عدتها وهنا التي في عدته أجنبية من زوجته فيكون له أن يطأ زوجته إذا انقضت عدتها من غيره . ولو أن أجنبيين تزوجا أختين فأدخلت كل واحدة منهما على زوج أختها كان الجواب فيها مثل ابنة وأمها أدخلت كل واحدة منهما على غير زوجها ودخل بها فإن الذي دخل بالابنة بانت منه امرأته لأنه وطئ ابنة امرأته وذلك يحرم أمها عليه على التأبيد وعليه للابنة مهر مثلها بدخوله بها شبهة

---

(١) المبسوط، ٤٦٠/٧

وللأم نصف المهر لأنها بانت منه قبل أن يدخل بها وأما الذي وطئ الأم فقد بانت منه امرأته أيضا لأنه وطئ أم امرأته وذلك يحرمها عليه على التأبيد فيغرم للابنة نصف المهر لوقوع الفرقة بينهما قبل الدخول من جهته ويغرم للأم مهر مثلها لوطئه إياها شبهة وليس للذي وطئ الأم أن يتزوج واحدة منهما قط لأن الابنة كانت في نكاحه بعقد صحيح وذلك يحرم الأم عليه وقد وطئ الأم وذلك يحرم ابنتها عليه وأما الذي وطئ الابنة فله أن يتزوج الابنة لأن الأم كانت في نكاحه ولكن فارقها قبل الدخول ومجرد العقد على الأم لا يوجب حرمة الابنة . ولو أن رجلا وابنه تزوجا امرأتين أجنبيتين فأدخلت كل واحدة منهما على زوج صاحبتها فإن كان الابن هو الذي دخل بامرأة أبيه أولا فإنه يغرم لها مهر المثل بدخوله بها وتبين من الأب ولا يغرم لها الأب شيئا لأن وطء الابن إياها يحرمها على الأب على التأبيد وإنما جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول حين طاوعت ابن زوجها فلهذا لا يكون لها على الأب شيء ثم الأب يغرم لامرأة ابنه التي دخل بها مهرا بدخوله بها وتبين من الابن لأن أباه قد وطئها وذلك يحرمها عليه ولا يغرم الابن لامرأته شيئا لأن الفرقة جاءت بسبب من قبلها حين طاوعت أب الزوج وليس لواحد منهما أن يتزوج واحدة من المرأتين بحال لأن إحداهما موطوءة الأب والأخرى موطوءة الابن ولو كان الابن

وطئ امرأة أبيه ولم يمس الأب امرأة ابنه فإن الابن يغرم للتي وطئها المهر بالدخول وترد عليه امرأته على النكاح الأول لأن أباه لم يمسها إذا خلا بها ومجرد الخلوة لا يوجب حرمة المصاهرة وأما التي وطئها الابن فقد بانت من الأب ولا مهر لها على الأب وليس لواحد منهما أن يتزوجها لأنها كانت في نكاح الأب فلا تحل للابن بحال وهي موطوءة الابن فلا تحل للأب بحال ولو كان الأب هو الذي وطئ امرأة الابن ولم يطأ الابن امرأة الأب فالتي وطئ الأب يغرم لها مهر مثلها وتبين من الابن ولا يغرم لها الابن شيئا ولا يكون لواحد منهما أن يتزوجها لأنها كانت في نكاح الابن فلا يتزوجها الأب وقد وطئها الأب فلا يتزوجها الابن ويرد امرأة الأب إليه بالنكاح الأول لأن ابنه خلا بها فقط وذلك لا يوجب حرمة المصاهرة . قال ولو أن رجلا تزوج امرأة وتزوج ابنه ابنتها فأدخلت امرأة الأب على الابن وامرأة الابن على الأب فهذه المسألة على ثلاثة أوجه إما أن يكون الابن هو الذي وطئ أولا أو الأب أو كان الوطء منهما معا فإن كان الابن هو الذي وطئ أولا فعليه للتي وطئها مهر مثلثها وتبين امرأته ولها عليه نصف المهر لأن الابن وطئ أم امرأته وذلك يوجب الفرقة وتبين امرأته بسبب من جهته فيكون لها عليه نصف المهر ثم يكون على الأب للتي وطئها مهر مثلها ولا يغرم لامرأته شيئا لأنها قد بانت منه حين طاوعت الابن حتى وطئها فإنما بانت بسبب من جتها فإن كان الأب هو الذي وطئها أولا فإنه يغرم للتي وطئها مهرها وتبين منه امرأته لأنه وطئ ابنة امرأته ولها نصف المهر لأن الفرقة كانت بسبب من جهته قبل الدخول ثم الابن يغرم للتي وطئها مهر مثلا ولا يغرم لامرأته شيئا لأنها بانت منه حين طاوعت الأب حتى وطئها فإنما جاءت الفرقة بسبب من جهتها قبل الدخول ولو كان الوطء منهما جميعا معا أو كان لا يعلم أيهما أول فهو بمنزلة ما لو وطئا معا لأن كلا الأمرين ظهر ولا يعرف التاريخ بينهما فيجعلا كأنهما وقعا معا ثم يغرم كل واحد منهما للتي وطئها مهر مثلها ولا يكون لواحدة منهما على زوجها شيء فإن السبب المسقط لصداق كل واحدة منهما قد ظهر وهو مطاوعتها أب الزوج أو ابنه . يوضحه أن المسقط والموجب إذا اقترنا ترجح المسقط باعتبار أن المسقط يرد على الموجب ولا يرد على المسقط ولأن وقوع الفرقة قبل الدخول مسقط لجميع الصداق في الأصل وإنما تركنا هذا الأصل فيما إذا كانت الفرقة من جهة الزوج بالنص إذ

تعارض السببين يمنع إضافة الفرقة إلى الزوج على الإطلاق فيجب التمسك فيه بما هو الأصل ولا يكون لواحد منهما أن يتزوج واحدة من المرأتين لأن إحداهما موطوءة الأب والأخرى موطوءة الابن . ولو أن رجلين بينهما جارية جاءت بولد فادعياه فهو ابنهما يرثهما ويرثانه ولا يكون لواحد منهما أن يطأ الجارية لأنها بقيت مشتركة بينهما وصارت أم ولديهما ولا يحل لواحد من الشريكين وطء الجارية المشتركة ولا يغرم واحد منهما لصاحبه شيئا لأن كل واحد منهما ألزم نصف المقر لصاحبه فيكون أحدهما قصاصا بالآخر فإن مات أحدهما عتقت الجارية وسعت في نصف قيمتها لأنها أم ولد الآخر وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فأما عند أبي حنيفة رحمه الله فأم الولد لا تسعى لمولاها في شيء وقد بينا هذا في العتاق ولو كان ادعى أحدهما الولد دون صاحبه فإنه يثبت نسبه منه وتكون أم ولد له ويغرم لشريكه نصف قيمتها وهذا ظاهر . ثم ذكر وطء الأب جارية ابنه ووطء الابن جارية أبيه ووطء الرجل جارية أخيه وغير ذلك من الأقارب فقد قدمنا هذه الفصول في كتاب النكاح والدعوى ولو أن رجلا له أم ولد فزوجها من صبي ثم أعتقها فخيرت فاختارت نفسها ثم تزوجت زوجا آخر فأولدها فجاءت إلى الصبي الذي كان زوجها فأرضعته فإنها تبين من زوجها لأنها حين أرضعت الصبي صار ابنها من الرضاعة وابن زوجها أيضا لأن لبنها منه وقد كانت امرأة هذا الرضيع وامرأة الابن حرام على الأب على التأبيد وقد قررنا أنه لا فرق بين أن تعترض البنوة على النكاح وبين أن يعترض النكاح على البنو فتبين من زوجها ولا تحل للغلام لأنها صارت أمه من الرضاعة ويجوز لمولاها أن يتزوجها لأن الإبن لم يكن مولاها ولو لم يكن من زوجها الثاني ولكنها أرضعته من ابن مولاها الذي كان أعتقها فإنها لا تحرم على زوجها ولا يحل لمولاها أن يتزوج بها قط لأن الرضيع قد صار ابن المولى من الرضاعة وقد كانت هي في نكاحه مرة ولم يصر ابن الزوج من الرضاعة حين لم يكن اللبن منه . قال ولو أن رجلا له امرأتان إحداهما كبيرة والأخرى صغيرة وللكبيرة لبن من غيره ولم يدخل بها فأرضعت الكبيرة

الصغيرة بانتا منه بغير طلاق لأنهما صارتا أما وبنتا وذلك ينافي النكاح ابتداء وبقاء والفرقة بمثل هذا السبب تكون بغير طلاق فإن تزوج بعد ذلك الصغيرة كانت عنده على ثلاث تطليقات وله أن يتزوجها لأن مجرد العقد على الأم لا يحرم الابنة من النسب فكيف يحرم الابنة من الرضاعة وهذا اللبن ليس منه لأنه لم يدخل بها ولا تصير الصغيرة ابنته من الرضاعة وليس للكبيرة عليه من الصداق شيء لأن الفرقة جاءت من قبلها حين أرضعت الصغيرة وللصغيرة نصف الصداق لأن الفرقة لم تكن من قبلها فإن فعلها الاتضاع وذلك لا يصلح لبناء الحكم عليه وفي اسقاط جميع الصداق إذا جاءت الفرقة من قبلها معنى العقوبة من وجه فلا يثبت ذلك بفعل الصغيرة كما لا يثبت حرمان الميراث بقتل الصغيرة ويستوي إذا كانت الكبيرة تعلم إن الصغيرة امرأة زوجها أولا تعلم ذلك فيما بينا من الحكم إلا أنها إذا كانت تعلم وقد تعمدت الفساد فإنه يرجع الزوج عليها بنصف مهر الصغيرة وهذا إذا أقرت إنها تعمدت الفساد وإن لم تتعمد الفساد أو لم تعلم أنها امرأته فلا شيء عليها وفيها قول آخر إنه يرجع عليها بنصف الصداق سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمده وقد بينا أن هذه رواية عن محمد وهو قول أبي يوسف وأحد قولي الشافعي رحمه الله لأن السبب قد تقرر وإن لم يعلم به إلا أنا نقول المسبب إذا لم يكن متعديا في التسبيب لا يكون ضامنا كحافر البئر في ملك نفسه وإن اختلفا فقال الزوج تعمدت الفساد وقالت المرأة ما تعمدت ذلك فالقول قولها لأن الزوج يدعي عليها الضمان وهي منكرة ولو كانت الكبيرة مصابة فأرضعت الصغيرة في جنونها بانتا منه ولكل واحدة منهما نصف الصداق لأنه كما لا يعتبر فعل الصغيرة فيما فيه معنى العقوبة لا يعتبر فعل

المجنونة ولا يرجع الزوج على الكبيرة لأنها غير متعدية في السبب لكونها مصابة وكذلك لو جاءت الصغيرة إلى الكبيرة وهي نائمة فارتضعت من ثديها كان لكل واحدة منهما نصف الصداق لأنه لم يوجد من الكبيرة فعل في الفرقة ولا معتبر بفعل الصغيرة . ولو أن رجلا جاء وأخذ من لبن الكبيرة في مسعط فأوجر به الصغيرة ولا يعلم الكبيرة أي شيء يريد فإنهما يبينان منه وعلى الزوج نصف الصداق لكل واحدة منهما . فإن أقر الرجل أنه أراد الفساد رجع الزوج بجميع ما غرم لهما لكونه متعديا في التسبب وإن قال لم أتعمد الفساد فالقول قوله ولا يرجع عليه الزوج بشيء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي القول الآخر يرجع وهذا يبين لك أن القول الآخر قول محمد رحمه الله . وإن كان الزوج هو الذي فعل ذلك يعني الإيجار بانتا منه وعليه وصف الصداق لكل واحدة منهما ولا رجوع له على أحد لأن الفرقة إنما وقعت بسبب من جهته قبل الدخول . ولو أن رجلا تحته امرأة تصاب في بعض الأيام فتجن وتفيق فدعت ابن زوجها إلى أن يفجر بها في حال جنونها ففعل بانت من زوجها وكان عليه نصف الصداق لأن تمكينها في حال جنونها غير معتبر في إسقاط الصداق وكذلك لو تزوج امرأة لم تبلغ ومثلها يجامع فدعت ابن زوجها إلى أن يأتيها ففعل بانت وكان عليه نصف الصداق لأن فعل الصغيرة غير معتبر فيما فيه معنى العقوبة قال فإن أقر الابن الذي أمر أنه أراد الفساد يرجع الزوج عليه بنصف الصداق الذي يلزم للصغيرة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قوله الآخر يرجع به عليه أراد الفساد أو لم يرد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا التقسيم في الإرضاع صحيح فإن المرضعة قد تكون محسنة في الإرضاع بأن تخاف على الصبي الهلاك فأما في الزنا لا يتحقق هذا التقسيم فإن الزناد فساد كله ليس فيه من معنى الصلاح شيء حتى يقال أراد الزاني الفساد أو لم يرد ولكنا نقول ما ذكره صحيح لأن الزنا فساد من حيث إنه كبيرة ولكن قد يكون مفسدا للنكاح وقد لا يكون فإنما أراد بهذا أنه إذا تعمد فساد النكاح يرجع الزوج عليه بنصف الصداق وإذا لم يتعمد ذلك بأن لم يعلم أنها امرأة أبيه لم يرجع الأب عليه بشيء وهذا كما يقال إن من زنا في رمضان ناسيا لصومه فهو مرتكب للكبيرة مستوجب للعقوبة ولكن لا يفسد به صومه لأنه لم يكن عالما بالصوم ولا قاصدا إلى الجناية عليه وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي أن الابن إذا زنا بامرأة أبيه قبل الدخول وقد تعمد الفساد بأن أكرهها على ذلك لم يرجع الأب على الابن بما يغرم لها من نصف الصداق وإذا قبلها وهي نائمة أو مكرهة رجع الأب عليه بما غرم من نصف الصداق لأنه إذا زنا بها فعليه الحد والحد والمهر **لا يجتمعان** فلا يغرم شيئا من المهر وإذا قبلها لم يلزمه الحد فيكون للأب أن يرجع عليه بنصف المهر ولكن هذا ضعيف فإن المهر لا يجب لها مع وجوب الحد

على الواطئ وهنا نصف المهر على الواطئ إنما يجب للأب ومثل هذا يجتمع مع الحد لفقه وهو إن المهر لها لا يجب إلا بالوطء وقد وجب الحد بالوطء فلا يجب المهر وأما حق الرجوع للأب على الواطئ فيثبت بالتقبيل والمس من غير وطء فهناك إن الحد وجب عليه بالوطء فيمكن إثبات الرجوع له عليه باعتبار فعل آخر وهو التقبيل أو المس فاستقام الجمع بينهما والله أعلم بالصواب ." (١)

---

(١) المبسوط، ٧/ ٦٤٠

"وقوله (والحامل والمرضع) قال في الذخيرة : المراد بالمرضع ههنا الظئر ، لأن الأم لا تفطر إذا كان للولد أب ، لأن الصوم فرض عليها دون الإرضاع ، وقال شيخ شيخي عبد العزيز : ينبغي أن يشترط يسار الأب أو عدم أخذ الولد ضرع غير الأم .

وقوله (لأنه إفطار بعذر) قيل : نعم هو عذر ، ولكن لا في نفس الصائم بل لأجل غيره ، ومثله لا يعتد به ، ألا ترى أنه لو أكره على شرب الخمر بقتل أبيه أو ابنه لم يحل له الشرب .

وأجيب بأن الحامل والمرضع مأمورة بصيانة الولد مقصودة ، وهي لا تتأتى بدون الإفطار عند الخوف فكانت مأمورة بالإفطار والأمر بالإفطار مع الكفارة التي بناؤها على الوجوب عن الإفطار **لا يجتمعان** بخلاف الإكراه ، فإنه ليس كل أحد مأمورا قصدا بصيانة غيره بل نشأ الأمر هناك من ضرورة حرمة القتل والحكم بتفاوت الأمر قصدا وضمنا .

وقوله (فيما إذا خافت على الولد إلخ) يعني إذا خافت الحامل أو المرضع على نفسها لا تجب الفدية بالاتفاق ، وإذا خافت على ولدها فأفطرت وجب القضاء والفدية على أصح أقواله عندهم (هو يعتبره بالشيخ الفاني) فإن الفطر حصل بسبب نفس عاجزة عن الصوم خلقة لا علة فتجب الفدية كفطر الشيخ الفاني ، ولأن فيه منفعة نفسها وولدها ، فبالنظر إلى نفسها يجب القضاء وبالنظر إلى منفعة ولدها تجب الفدية ، ولنا أن الفدية فيه ثبتت بالنص على خلاف القياس فلا يصح القياس (والفطر بسبب الولد ليس في معناه لأن الشيخ الفاني عاجز بعد الوجوب." (١)

"وعلى هذا إذا تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة لأنه يعتبر الإشارة والإشارة إلى الحر تخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا وكأنه تزوجها على عبد فليس لها إلا ذلك ، ولا يجب مهر المثل لأنهما **لا يجتمعان** .

ووجه أبي يوسف ظاهر ، وكذا وجه محمد لأنه في الجنس الواحد تعتبر الإشارة ، ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده ، فإذا كان أحدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل ، والمصنف ذكر في دليل أبي حنيفة قوله لأنه مسمى بناء على ما ذكرنا أن الإشارة أبطلت العبد الثاني .

وقوله (ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل) اعترض عليه بما قال قبل هذا ، ولو تزوجها على ألف إن أقام بها إلى أن قال وإن أخرجها فلها مهر المثل ، وبما قال في الزيادات أن الرجل إذا تزوج امرأة على ألف درهم وعلى أن يعتق أباها ثم إن لم يف بالشرط فلها الألف إلى تمام مهر مثلها ، وهذا يدل على أن ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل .

وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بعقد النكاح ، ففواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل .

وأما الحر فلم يستحق أصلا ، وبأن الوقوف على ما شرط غير ممكن لأنه شرط على خطر الوجود ، فلو لم يجب لها إلى تمام مهر مثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه ، أما هاهنا فيمكن الوقوف على ما أشار إليه قبل النكاح بالتفحص ، فلو لزمها ضرر لزمها بضرب من تقصيرها .." (٢)

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣/٣٢٠

(٢) العناية شرح الهداية، ٥/٢٥

"قال (وإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) وقال زفر : تقع بتلاعنهما لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث .

ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم ، دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي صلى الله عليه وسلم : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، هي طالق ثلاثا ، قاله بعد اللعان (وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد) رحمهما الله لأن فعل القاضي انتسب إليه كما في العنين (وهو خاطب إذا أكذب نفسه) عندهما .

وقال أبو يوسف : هو تحريم مؤبد لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ﴾ نص على التأبيد .

ولهما أن الإكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ، لا يجتمعان ما داما متلاعنين ، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان .

s." (١)

"وقوله (فإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) يفيد أنه لو مات أحدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا (وقال زفر : تقع الفرقة بتلاعنهما لأنه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث) يعني قوله صلى الله عليه وسلم ﴿ المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ﴾ " نفى الاجتماع بعد التلاعن ، وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن (ولنا قوله تعالى ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾) ووجه الاستدلال (أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم) وقوله (دل عليه) أي على أن لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ، ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل .

وقوله ﴿ قول ذلك الملاعن يريد به عويمرا العجلاني فإنه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان : كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثا ، ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ﴾ ، ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم .

فإن قيل : قد أنكر عليه بقوله ﴿ اذهب فلا سبيل لك عليها ﴾ " أجيب بأن ذلك منصرف إلى طلبه رد المهر ، فإنه روي أنه قال : ﴿ إن كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها ﴾ " .

والجواب عن استدلال زفر بالحديث يجيء (ثم إذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد لأن فعل القاضي انتسب إليه لنيابته عنه كما في العنين) وقوله (وهو خاطب إذا." (٢)

"أكذب نفسه عندهما) مسألة مبتدأة (وقال أبو يوسف هو) أي الثابت باللعان (تحريم مؤبد لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ﴾) نص على التأبيد وهو ينافي عوده خاطبا .

(ولهما أن الإكذاب) أي الإقرار بالكذب (رجوع عن الشهادة) والرجوع عنها يبطل حكمها ، ولا منافاة بين نص

---

(١) العناية شرح الهداية، ٦٧/٦

(٢) العناية شرح الهداية، ٦٨/٦

التأبيد والعود خاطبا لأن معناه لا يجتمعان ما داما متلاعنين ، لأنهما يكونان متلاعنين ، إما حقيقة بمباشرتهما اللعان ، أو مجازا باعتبار بقاء حكمه ، ولم يبق شيء بعد الإكذاب ، أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلأنه لما أكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت أهلية اللعان ، وإذا بطلت الأهلية ارتفع حكمه فيجتمعان .." (١)

"قال (وإن كان جارية بين رجلين) إذا كانت الجارية بين رجلين (زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر صاحبه فهي موقوفة يوما) أي ترفع عنها الخدمة يوما (وتخدم المنكر يوما عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا : إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة) كلها (لا سبيل عليها) يعني للمقر بالاستسعاء لهما أنه لما لم يصدقه) وتقريره أن المقر لو أقر على نفسه بالاستيلاد صح ، فإذا أضافه إلى من يملكه ولم يصدقه ذلك انقلب إقراره عليه ، وإذا انقلب إقراره عليه صار كأنه استولدها فصار كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع فإنه يجعل كأنه أعتقه ، وإذا انقلب إقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لأن المقر صار بإقراره كالمستولد لها ، ولا يمكن للمنكر تضمين المقر ، لأنه ما أقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبسا عند الجارية (فتخرج إلى العتاق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت) تخرج إلى العتق بالسعاية لتعذر إبقائها في يد المولى وملكه بعد إسلامها وإصراره على الكفر ولأبي حنيفة أن المقر لو صدق) تقريره موقوف على مقدمة هي أن الخبر ينقسم إلى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على أن صدق الخبر وكذبه راجعان إلى مطابقة الواقع وعدمها ، فالمقر إما أن يكون صادقا في إقراره أو كاذبا ، فإن كان الأول (كانت الخدمة كلها للمنكر) وإن كان الثاني (كان له." (٢)

"الواجب لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم .

فإن قال قائل : إذا لم يثبت الحد بإقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجب المهر ، وإذا وجب المهر لا يجب الحد من بعد لأن المهر والحد لا يجتمعان في وطء واحد .

أجيب بأن الإقرار أربع مرات لما اعتبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالإقرار مرة واحدة ، وإنما الحكم موقوف ، فإن تمت الحجة وجب الحد ، وإن لم تتم وجب المهر .

فإن قيل : إنما أعرض النبي صلى الله عليه وسلم لأنه استراب في عقله فقد جاء أشعث أغبر متغير اللون إلا أنه لما أصر على الإقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ، ثم أزال الشبهة بالسؤال فقال أبك خبل أبك جنون .

أجيب أما تغير الحال فإنه دليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون ، وإنما قال النبي صلى الله عليه وسلم أبك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك قبلت وطئتها ليرجع عن الزنا إلى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه ، وكما قال للسارق أسرقت ما أخاله سرق والدليل عليه ما روي أن أبا بكر رضي الله عنه قال لماعز لما أقر ثلاثا إن أقررت الرابعة رجمك ، فثبت أن هذا العدد كان ظاهرا عندهم .

---

(١) العناية شرح الهداية، ٦/٦٩

(٢) العناية شرح الهداية، ٦/٣٤٢

وقوله (ولأن الشهادة) دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق .
وتقريره أن سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه أربعة ونصابها هنا ذلك ، فلما كانت إحدى الحجتين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق فكذلك في الحجة الأخرى إعظاما لأمر." (١)

"غير الحداد) أي لو قطع يسار السارق غير الحداد بعد حكم القاضي بقطع يمينه (لا يضمن) شيئا لأن امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين أن يكون قاطع اليسار مأمور الحاكم أو أجنبيا غير مأمور (وقوله هو الصحيح) احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي فقال فيه : ولو قطع غيره يده اليسرى فإن في العمد القصاص وفي الخطإ الدية ، وسقط القطع عنه في اليمين لأنه لو قطع أدى إلى الاستهلاك ، ويرد السرقة إن كان قائما وعليه ضمانه في الهالك قوله ولو أخرج السارق يساره) ظاهر (قوله ثم في العمد عنده) أي عند أبي حنيفة رضي الله عنه (عليه) أي على السارق (ضمان المال) المسروق إن كان هالكا (لأنه لم يقع حدا) وإنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لما عسى أن يتوهم أن قطع اليسار وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد ، فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان إيذانا بأن القطع لم يقع حدا ، إذ القطع حدا والضمان **لا يجتمعان** وعدم الضمان على الحداد باعتبار أنه أخلف خيرا لا باعتبار أن القطع وقع حدا ، وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجة إلى ذكره لأنهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حدا لا محالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا .
وقوله (وفي الخطإ كذلك على هذه الطريقة) أي على طريقة أن القطع لم يقع حدا لأنه إذا لم يقع حدا لم يوجد ما ينافي الضمان والمقتضي وهو الإتلاف موجود فيجب الضمان ألبتة (وعلى." (٢)

"طريقة الاجتهاد) الذي قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد أن ضمان اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد (لا يضمن) السارق المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حدا **لا يجتمعان** .." (٣)

"يثبت له ضرورة أداء الضمان كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله) أي ومثل هذا الأخذ الذي هو سبب الضمان (لا يورث الشبهة) لأنه ليس بموضوع للملك (كنفس الأخذ) فإنه يحتمل أن يصير سببا بعد الضمان ومع هذا فلم تعتبر شبهة (وكما إذا سرق البائع معيبا باعه) ولم يعلم المشتري بالعيب فإنه يقطع وإن انعقد سبب الرد وهو العيب ، وكذلك هاهنا يقطع وإن انعقد سبب الضمان وهو الشق (بخلاف ما ذكر) أي أبو يوسف وهو قوله كالمشتري إذا سرق مبيعا فيه الخيار للبائع لأن سبب الملك موجود فيه (إذ البيع موضوع لإفادة الملك ، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب) لا يقال : الأصل عندكم أن القطع والضمان **لا يجتمعان** ؛ فإذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لأن ضمان النقصان وجب بجناية أخرى قبل الإخراج وهي ما فات من العين والقطع بإخراج الباقي كما لو أخذ ثوبين ، فأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب .

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٤٧/٧

(٢) العناية شرح الهداية، ٣٧٥/٧

(٣) العناية شرح الهداية، ٣٧٦/٧

وأورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فإنه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب الضمان .
وعن هذا ذهب بعضهم إلى أنه إن اختار القطع لا يضمن النقصان .
والجواب أن القطع للباقي بعد الحرق وليس فيه ضمان ، بخلاف المستهلك فإن القطع كان لأجله لا لشيء آخر (فإن اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق ؛ لأنه ملكه مستندا إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة) فإنه إذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط." (١)

"(ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) ؛ لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فأمكن إبقاؤه على المسلم (ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا) ، وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها ، فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة (ولا عشر في الخارج من أرض الخراج) وقال الشافعي : يجمع بينهما ؛ لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان .
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ﴾ ، ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما ، وكفى بإجماعهم حجة ؛ ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة قهرا ، والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا ، والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة ، وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ، ولهذا يضافان إلى الأرض ، وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما .
S." (٢)

"(قوله ومن أسلم من أهل الخراج) ظاهر .
قوله من غير كراهة) احتراز عما يقوله المتقشفة وهم طائفة من الصوفية إنه مكروه ، لأن ﴿ النبي صلى الله عليه وسلم رأى شيئا من آلات الحراثة فقال : ما دخل هذا بيت قوم إلا ذلوا ﴾ " ظنوا أن المراد بالذل التزام الخراج وليس كذلك ، بل المراد أن المسلمين إذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم وجعلهم أذلة ، ولأن الصغار إن كان قائما يكون في الوضع ابتداء وأما بقاء فلا ، بخلاف خراج الرءوس فإنه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك لا يبقى بعد الإسلام .
(قوله وجبا في محلين بسببين مختلفين) يعني ولمصرفين مختلفين ، أما اختلاف المحل فلأن الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج ، وأما اختلاف السبب فلأن سبب الخراج الأرض النامية تقديرا ، وسبب العشر الأرض النامية تحقيقا .
وأما اختلاف المصرف فإن مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء (فلا يتنافيان) لأن التنافي إنما يتحقق باتحاد المحل (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم " ﴿ لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ﴾ ") رواه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن النبي صلى الله عليه وسلم .

---

(١) العناية شرح الهداية، ٤٠٩/٧

(٢) العناية شرح الهداية، ٨٦/٨

قوله والوصفان لا يجتمعان) لأن الطوع ضد الكره الحاصل من القهر ، وإذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان (قوله ولهذا يضافان إلى الأرض) يقال عشر الأرض وخراج الأرض .

وقوله (وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما) أي العشر أو الخراج .

صورته." (١)

"قال (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) أي باطل ، وإنما فسره بذلك لئلا يتوهم أنه يفيد الملك باتصال القبض والأمر بخلافه ، والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لأن استحقاق العتق قد ثبت إلخ ، وتحقيقه أن بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لأن استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الإبطال وثبوت الملك يبطلهما ، وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم " ﴿ أعتقها ولدها ﴾ " فينتفي الآخر .

لا يقال : وهو متروك الظاهر لأنه يوجب حقيقة العتق وأنتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لأن المجاز مراد بالإجماع .

وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم لأن الملك مع الحرية لا يجتمعان ، فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال ، لأنه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان إما غير ثابت مطلقا أو ثابتا بعد الموت ، والأول باطل لأنه يستلزم إهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والإعمال أولى ، وكذلك الثاني لأن ما بعد الموت حال بطلان الأهلية .

فمتى قلنا إنه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا إلى بقاء الأهلية ، والموت ينافيها فدعت الضرورة إلى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتأخر الحكم إلى ما بعد الموت .

وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة ، لكن استحقاق اليد اللازمة في." (٢)

"لكان مانعا عن الموقوف ؛ لأن الدفع أسهل من الرفع ، لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فإن ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك .

وأجيب عن الأول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى إلى إبطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي ، والمنع إنما يكون بعد الوجود ، أما المالك إذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فأبطل الموقوف لما ذكرنا أن الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد ، وفيه نظر ؛ لأن ما يكون بعد الوجود رفع لا منع ، وفي الحقيقة هو مغالطة فإن كلامنا في أن طروء الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال .

وقوله : (أما إذا أدى الغاصب الضمان) جواب عن الرابعة .

وتقريره : أما إذا أدى الغاصب الضمان فلا نسلم أن إعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ ، كذا ذكره هلال في كتاب الوقف

(١) العناية شرح الهداية، ٨/٨٧

(٢) العناية شرح الهداية، ٩/١٠٠

فقال : ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى .

قال المصنف : وهو الأصح ، ولئن سلم فنقول : هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند لمن يتملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه ، وهاهنا إنما يستند الملك له إلى وقت العقد من جهة المجيز ، والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن إثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد." (١)

"استثناء من قوله يخير ، وهو منقطع ؛ لأن الشهادة بالمال ليست بداخلة في الشهادة في الحدود ، وإنما يجب ذلك ؛ لأن فيها إحياء لحق المسروق منه فيقول أخذ ولا يقول سرق (محافظة على الستر) ؛ ولأنه بين أمرين **لا يجتمعان** القطع والضمان ، وأحدهما حق الله تعالى والآخر حق العبد ، والستر الكلي إبطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز .

والإقدام على إظهار السرقة ترجيح حق الله الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة .." (٢)

"(وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع ، وإن قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثورا لم يقطع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا : لا يقطع في الوجهين) جميعا ، وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض ، وقيل هو في جميع الألوان .

لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى ، لأن أمر الحد أهم وصار كالذكورة والأنوثة .

وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده ، بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه ، والذكورة والأنوثة **لا يجتمعان** في واحدة ، وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه .

s." (٣)

"صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به أو لا ، وأما إذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا لإثبات الحد لإمكان ثبوته بدونه ؛ ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين أنه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله إلى مجلس الحكم ، بخلاف الذكورة والأنوثة فإنهما يكلفان النقل بذلك ؛ لأن القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافا في صلب الشهادة .

وعن الثاني بأنه جواب القياس ؛ لأن القياس اعتبار إمكان التوفيق ، أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وإمكانه فيما لم يكن فيه هذا ، والله أعلم بالصواب (قوله : بخلاف الغصب) جواب عن مسألة الغصب بأن التحمل فيه بالنهار إذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه .

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣٧٣/٩

(٢) العناية شرح الهداية، ٣٧٧/١٠

(٣) العناية شرح الهداية، ٤٩٣/١٠

وقوله : (والذكورة والأنوثة) جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما فإنهما **لا يجتمعان** في واحد ، وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ليحتاج إلى التوفيق .." (١)

"قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به إلخ) وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف فيما وكل به ، والتوكيل ليس بتصرف فيه ، (قوله وهذا لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء) وفيه تشكيك ، وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين وإلا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثاني أقوى رأيا من الأول .

وأيضا الرضا برأي الوكيل ورد توكيله تناقض ، لأن الوكيل الثاني لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه في رأي الأول لما وكله ، فرد توكيله مع الرضا برأيه مما **لا يجتمعان** .

ويمكن أن يجاب عنه بأن العبرة للقوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل ، وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الأمور ولم يأذن له بالتوكيل ، الظاهر من حاله أنه ظن أن لا ثمة من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز (قوله إلا أن يأذن) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل ، فإنه إن أذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فقد رضي برأي غيره أو أطلق التفويض إلى رأيه ، وذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه ، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الأول ، وقد مر نظيره في أدب القاضي حيث قال : وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك إلى آخر ما ذكر ثمة ، فإن وكل الوكيل بغير إذن موكله فعقد." (٢)

"(فإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا وهلك قبل النقد إلى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لأن المال في يده أمانة) وقد هلك وقد بقي عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانيا (لا يصير) المضارب (مستوفيا لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون) وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة **فلا يجتمعان** ، وإذا لم يكن مستوفيا كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يسقط عنه العهدة بوصول الثمن إلى البائع (بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء) فإنه لا يرجع إلا مرة واحدة (لأنه أمكن أن يجعل مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب) فإنه يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة ، حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر أمينا فيه ، وفيه نظر لأن الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبرا جميعا ، وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لإثبات حكمين متنافيين ، ولو غصب ألفا فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه

---

(١) العناية شرح الهداية، ٤٩٥/١٠

(٢) العناية شرح الهداية، ١٩١/١١

، وعلى تقدير ثبوتها يحتاج إلى فرق دفعا للتحكم ، ولأن المطلوب كونه مستوفيا والدليل إمكان ذلك والإمكان لا يستلزم الوقوع ويمكن أن يجاب." (١)

"قال : (ومن استأجر أرضا ؛ ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها) لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شر فيضمن ما نقصها (ولا أجر له) ؛ لأنه غاصب للأرض على ما قررناه .

sقال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة إلخ) ومن استأجر أرضا لزراعة شيء فزرع مثله في الضرر بالأرض وما هو أقل منه يوجب الأجر لأنه موافقة أو مخالفة إلى خير وزرع ما هو أضر بها كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة فخالفه إلى شيء يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ، ويسقط الأجر لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان** إذ الأجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات." (٢)

"(ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) وأصله أن الإجارة صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل .

والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد .

وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد ، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة ، وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه .

s(ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا) فعمل (فأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يسترد منه الأجر استحسانا .

وفي القياس له ذلك لأنه يقتضي أن لا تصح الإجارة لانعدام إذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستأجر غاصبا بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (فصار كما إذا هلك العبد) فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر لأنه ضامن بالغصب ، والأجر والضمان **لا يجتمعان** (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة ، وإذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترده منه)." (٣)

"في كل موضع وجب الحد على المكره لا يحسب لها المهر ، لأن الحد والمهر **لا يجتمعان** عندنا بفعل واحد ، وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما ، فإن سقط الحد وجب المهر إظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك .

أما الأول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها .

وأما الثاني فلأن الإذن له ليس يحل الوطء فكان إذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا .." (٤)

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٢/١٩٩

(٢) العناية شرح الهداية، ١٢/٣٧٨

(٣) العناية شرح الهداية، ١٢/٤٥١

(٤) العناية شرح الهداية، ١٣/١٨٧

"أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة **ولا يجتمعان** .
أما القطع والقتل قصاصا يجتمعان .
s." (١)

"يشملها والتكرار فيه غير مشروع **فلا يجتمعان** .
فإن قيل : قصاص اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة **فلا يجتمعان** .
قلنا : بل يجتمعان لأن مبنى القصاص المساواة ، وهي إنما تتحقق باجتماعهما ، وهذا في غاية التحقيق لأن العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد ، وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه ، وأما الخطأ فمبناه على التخفيف ، ألا ترى أن الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين ، فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبا .." (٢)

"وقوله (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية) يعني إذا كانت القيمة أقل من الأرش .
وقوله (أتلف حقين) واضح .
وقوله (ويمكن الجمع بين الحقين) جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين **فلا يجتمعان** ليكون الإتلاف واردا عليهما .
ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضا من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الإتلاف واردا عليهما فيضمنهما به والأصل أن العبد إذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء فإن دفع بيع في دين الغرماء ، فإن فضل شيء كان لأصحاب الولاء ، وإنما بدأنا بالدفع لأن به توفير الحقين فإن حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لأرباب الديون ، ومتى بدأنا بدفعه في الدين تعذر الدفع بالجناية لأنه تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية .
فإن قيل : ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجبا ؟ أجيب بأنها إثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين ، فإن للناس في الأعيان أغراضا ، وإنما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لأن موجبها صيرورته حرا ، فإذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ، ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف إلى أولياء الجناية لأنه بيع على ملكهم ، وإن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الأول ، وإنما قيد المسألة بعدم العلم ليبني عليه." (٣)
"-----

في نكاح «المنتقى» في باب ما يبطل المهر بعقد أحد الزوجين: إذا قبل امرأة ابنه بشهوة، أو قبل الأب امرأة ابنه بشهوة وهي مكرهة، وأنكر الزوج أن يكون ذلك عن شهوة فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر بطلان ملكه، وإن صدقه الزوج أنه كان عن شهوة وقعت الفرقة ويجب المهر على الزوج، ويرجع الزوج بذلك على الذي فعل ذلك إن تعمد الفاعل الفساد؛ لأنه

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٩٨/١٥
(٢) العناية شرح الهداية، ٢٠١/١٥
(٣) العناية شرح الهداية، ٤١٤/١٥

وجب الحد بالوطء، والمال مع الحد لا يجتمعان.
قال: ولو كان جامعها بشبهة وهي مكرهة وبين وجه الشبهة فقال: بأن زوجها أبوها منه بغير أمرها فلا حد عليه، ورجع الأب عليه بنصف المهر في قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه الحد ولها على الأب نصف المهر ولا يرجع به على الابن من قبل الحد الذي لزمه، قال أبو يوسف رحمه الله فلا أحفظه عن أبي حنيفة رحمه الله. وينبغي في قياس قوله أن لا يرجع الأب عليه بذلك من قبل المهر الذي وجب عليه بالدخول بناء على شبهة النكاح، فلا يجب مهر آخر في هذا الباب أيضا.

وفيه أيضا: رجل تزوج بأمة رجل ثم إن الأمة قبلت ابن زوجها قبل الدخول بها، فادعى الزوج أنها قبلته بشهوة، وكذبه المولى فإنها تبين من زوجها، لإقرار الزوج أنها قبلت بشهوة، ويلزمه نصف الصداق؛ لتكذيب المولى إياه أنها قبلت بشهوة، ولا يقبل قول الأمة في ذلك ولو قالت قبلته بشهوة. قيل لرجل: ما فعلت بأم امرأتك؟ قال: جامعتها، قال: تثبت حرمة المصاهرة، قيل: إن السائل والمسؤول هازلان، قال: لا يتفاوت ولا يصدق أنه كذب. في أيمان «مجموع النوازل»: والشهوة من أحد الجانبين في فصل المس تكفي لثبوت هذه الحرمة.." (١)
"-----

ووجه ذلك: أن اللفظ واحد فلا يحتمل معنيين مختلين فحمله على الأغلظ وهو الطلاق عند عدم إمكان اعتبارهما، وكذلك إذا نوى في إحديها ثلاث تطليقات وفي الأخرى واحدة فهما طالقتان ثلاثا لأن الحرمة بالثلاث. نوع آخر غير الذي يثبت بالواحدة فلا يجتمعان في لفظ واحد، فحمل على الأغلظ.
وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله الأمر كما نوى يقع على إحديهما ثلاث تطليقات وعلى الأخرى واحدة، لأن هذا اللفظ للثلاث حقيقة، والواحدة كالمجاز، لأن الحرمة المطلقة تثبت بالثلاث فصار نظير لفظة النذر، إذا نوى به النذر واليمين، وهناك يكون يمينا ونذرا عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافا لأبي يوسف رحمه الله كذا ههنا.
ولو قال هذه علي حرام وهذه وهو ينوي الطلاق في إحديهما فالإيلاء في الأخرى، فهما طالقتان لأنه كلام واحد حنث، قال وهذه، ولم يقل وهذه علي حرام، والكلام الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين فحمل على الأغلظ وهو الطلاق.
ولو قال هذه علي حرام ونوى الطلاق، وهذه علي حرام ينوي الإيلاء، فهو كما ينوي، لأنهما لفظان وكلامان، فجاز أن يراد بكل واحد منهما معنى على حدة، ولو قال لأمرأته وأم ولده أنتما علي حرام، ينوي في الحرة اليمين وفي أم الولد الطلاق فهو يمين فيهما.." (٢)
"-----

قلنا: اللعان إنما كان قائما مقام حد القذف من حيث إنه يوجب حرمة المتعة في الدنيا والمؤاخذة في الآخرة لم..... بعد،

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٧٤/٣
(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٥١/٣

والأصل أنه إذا ثبتت القدرة على الأصل قبل حصول المقصود من البدل أن يسقط حكم البدل. وحكمة: حرمة الاستمتاع إذا فرغا من اللعان من غير حكم القاضي، حتى أن بعد التلاعن لا يحل لأحدهما الاستمتاع بصاحبه. نص عليه محمد رحمه الله في «المنتقى» إلا أن الفرقة لا تثبت إلا بقضاء القاضي بالفرقة بينهما، وإنما ثبتت هذه الحرمة بنفس اللعان بالحديث، قال عليه السلام «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» وفي إباحة الاستمتاع اجتماع، فيحرم الاستمتاع، وإنما يوقف وقوع الفرقة بينهما على قضاء القاضي لحديث العجلاني، فإن رسول الله عليه السلام لما لاعن بين العجلاني وبين امرأته، «قال العجلاني: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا، ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلممقالته»، ولو كانت الفرقة تقع بنفس اللعان لأنكر.

وعن عمر رضي الله عنه أنه سئل عن السنة بين المتلاعنين فقال: التفريق بينهما متى فرغا من اللعان.

ثم العلماء اختلفوا في حق الحرمة التي ثبتت بينهما بنفس اللعان. قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: تثبت حرمة مؤقتة إلى غاية تكذيب أحدهما نفسه. وقال أبو يوسف رحمه الله: تثبت حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والصهرية.

وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا أكذب الملاعن نفسه بعدما فرق القاضي بينهما ثم إذا أراد أن يتزوجها قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: أن يتزوجها، وقال أبو يوسف وزفر رحمهما الله: ليس له أن يتزوجها.

حجة أبو يوسف وزفر رحمهما الله قوله عليه السلام: «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا». حجة أبي حنيفة رحمه الله: أن الثابت بالنص اللعان بين الزوجين، والثابت (١٢٨٧أ) بالإجماع على أصل الحرمة، فمتى أثبتت الحرمة المؤبدة فقد أثبتت الزيادة على النص والإجماع، وإنه لا يجوز.." (١)

"ـــــ

والمعنى: أن اللعان غير موضوع للفرقة، وإنما حكم بالفرقة لفوات الإمساك بالمعروف عن جهة الزوج، ويعتبر التسريح بالإحسان، وقيام القاضي مقامه عند امتناعه عن التسريح بالإحسان، ومثل هذا يكون طلاقا؛ لأن فعل القاضي بثباته كفعله بنفسه، وإذا ثبت أنه طلاق والحرمة الواقعة بالطلاق لا تتأبد والحديث لا حجة له فيه؛ لأن النبي عليه السلام نفى اجتماع المتلاعنين، وحقيقة هذا الاسم لمن يكون مشغولا باللعان.... ولمن نفى اللعان في حقه حكما، وعندنا **لا يجتمعان** ما بقي اللعان بينهما حكما، وإنما يجتمعان، إذا زال اللعان حكما بالإكذاب؛ لأنه وجب عليه حد القذف بإكذابه نفسه، ومن ضرورته بطلان اللعان.

ولو أكذب نفسه وجب الحد، ولو صدقته المرأة فلا حد ولا لعان، وإذا أخطأ الحاكم وفرق بينهما بعد وجود أكثر اللعان من واحد منهما وقعت الفرقة، وإن كان قبله لم تقع.

ولو أخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة قبل الزوج فإنه يعيد اللعان على المرأة فإن لم يفعل وفرق بينهما وقعت الفرقة.

ولو التقيا عند الحاكم ولم يفرق بينهما حتى عزل، أو مات، فإن الحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما في قول أبي حنيفة وأبي

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٥/٤

يوسف. وقال محمد رحمه الله: لا يستقبل.

ولو طلقها ثلاثا أو بائنا بعد القذف فلا حد ولا لعان.

وكذا لو تزوجها بعد ذلك ولو كان الطلاق رجعيا لاعن؛ لأن الزوجية قائمة من كل وجه وكان الحال بعد الطلاق الرجعي والحال قبله سواء.

وأي الزوجين أبى أن يلتعن حبس؛ لأن في اللعان معنى اليمين والحد، إن كان فيه معنى الشهادة، والخبر يجري على اليمين والحد، إن (كان) لا يجري على الشهادة.

وإذا نفى ولد زوجته بأن قال: هذا الولد ليس مني، يلاعنها بقول الرجل: أشهد بالله أني لصادق فيما رميتك من نفي الولد، وكذا في جانب المرأة.." (١)

"-----

قال: ولو أن المغصوب منه آجر العبد من الغاصب للخدمة أو الثوب للبس برىء من ضمان العبد حتى وجب عليه الأجر بالإجارة؛ لأن الأجر مع الضمان **لا يجتمعان**، وقد قالوا: إذا استأجر العبد المغصوب من مولاه ليبني له حائطا معلوما لا يسقط عنه الضمان حتى يبدأ بالبناء؛ لأن الأجرة في هذه الصورة لا تجب بالتخلية، وإنما تجب بالعمل، وسقوط الضمان معلق بوجوب الأجر، فأما في الاستخدام؛ فالأجر يجب بالتخلية كما وقع عقد الإجارة يبرأ عن الضمان.

ولو زوج الجارية المغصوبة من الغاصب، لم يبرأ عن الضمان في قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه، خلافا لأبي يوسف: وهو فرع اختلافهم في المشتري إذا زوج الجارية المشتراة قبل القبض، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لا يصير قابضا لها، وعلى قول أبي يوسف: يصير قابضا لها، ولو كان المغصوب منه استأجر الغاصب ليعلم المغصوب عملا من الأعمال، فذلك جائز، وهو في يد الغاصب على ضمانه إن هلك قبل أن يأخذ في ذلك العمل أو بعده ضمن.

وكذلك لو استأجر ليفتل الثوب المغصوب؛ لأن الاستئجار على التعليم، وفتل الثوب لا يقتضي ثبوت اليد عليه، فإنه يتصور وقوع العمل فيه مع كونه في يد المالك وداره، فلا يبرأ من الضمان، وإن كان له أجر في عمله إنما يبطل عنه الضمان إذا صار عليه الأجر؛ لأنه لا يتحمل أجر وضمان أما أن يكون له الأجر وهو ضامن، فهذا جائز، بخلاف استئجار الدابة للركوب؛ لأن استيفاء منفعة الدابة لا يكون إلا بعد كونه مسلما إليه فثبوت بدل الإجارة، يستدعي انتفاء ضمان الغصب.

رجل خان رجلا حنطة، ثم دفعها إليه بعينها إليه، وقال: اطحنها لي، فطحنها، ثم علم أنها كانت حنطته برىء من الضمان، وكذلك لو خانه غزلا ثم دفع ذلك الغزل بعينه إلى صاحب الغزل، وقال: انسجه لي فنسجه ثم علم به.." (٢)

"-----

والفرق: وهو أن بيد العارية إنما بطلت يد الرهن، وبطل الضمان أيضا لكون الضمان متعلقا بحقيقة اليد؛ أما عقد الرهن

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٦/٤

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٠١/٥

فهو باق لبقاء حكمه، وهو تمليك اليد والحبس، فإذا بطلت يد العارية عادت يد الرهن، فعاد الضمان المتعلق به، فأما ضمان الغصب يتعلق بقاؤه ببقاء اليد المتعدية، وقد بطل ذلك بيد العارية، فلا يعود، وبالفراغ من العمل، فلا يعود الضمان المتعلق به، ولوأمر المالك الغاصب أن يتبع المغصوب صح، ويصير وكيلا، ولا يخرج العبد عن ضمانه؛ لأن كونه غاصبا ضامنا لا ينفي كونه وكيلا.

ألا ترى أن الوكيل بالبيع إذا استعمل المبيع حتى صار ضامنا بقي وكيلا؛ كذا هنا؛ كان المعنى فيه، وهو أن الأمر يقتضي الائتمار، والائتمار لا يقتضي قيام يد الوكيل، فلا يقتضي أيضا قيام وصفه، وهو كونه يد أمانة، فإن باعه هلك قبل التسليم، انتقض البيع ولزمته قيمة العبد المغصوب؛ لأن الغصب لا يبطل بمجرد البيع.

فإن قيل البيع بالمبيع صار مضمونا بالثمن في يد الوكيل، وهذا ينفي كونه مضمونا بضمان القيمة؛ لأن ضمان القيمة مع ضمان الثمن **لا يجتمعان** في عين واحد؛ قلنا تفسير كونه مضمونا بالثمن ليس إلا كونه بحال لو هلك قبل القبض يسقط الثمن عن المشتري، وهذا لا ينفي ضمان القيمة على الغاصب، فإن رده المشتري بالعيب إن كان قبل القبض فهو في ضمان الغصب على حاله؛ لأن الغاصب لا يبطل بمجرد البيع، فلا يبطل الضمان المتعلق به، وإن كان الرد بعد القبض لا يعود مضمونا؛ لأن التسليم حصل بأمر المالك؛ لأن الأمر بالبيع أمر بالتسليم، والتسليم إلى المشتري بأمر المالك بمنزلة التسليم من المالك، ولو سلم المالك إلى المشتري برىء الغاصب من الضمان، فكذا إذا سلم الغاصب بأمر المالك، وضمان الغصب متى بطل لا يعود إلا بغصب جديد.

". (١)

"-----

قال الشيخ الإسلام شمس الأئمة الحلواني: إنما لا يجب الاستبراء على المشتري في هذه الصورة إذا كان البائع لا يطؤها أما إذا كان البائع يطؤها يجب الاستبراء تحرزا عن سقي زرع غيره، وهكذا روى ابن سماعة في «نوادره» عن محمد.

والمذكور ثمة: رجل اشترى جارية لها زوج وقبضها، ثم طلقها الزوج قبل الدخول، فلا استبراء على المشتري إلا أن يكون البائع زوجها بعد وطئه إياها قبل أن تحيض، فإني لا أحب لهذا المشتري في هذه الصورة أن يطأها حتى تحيض حتى **لا يجتمعان** عليها في طهر واحد، وإن لم يكن يجد المشتري حرة فلإسقاط الاستبراء حيلة أخرى، وهو أن يتزوجها المشتري قبل الشراء، ثم يشتريها ويقبضها، فلا يلزمها الاستبراء؛ لأن النكاح يثبت له عليها الفراش، وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير.

وفي «المنتقى»: رجل تزوج أمة، ثم اشتراها قال استحسن أن يستبرئها، رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله، وروي عن أبي يوسف وأبي حنيفة في هذه الصورة: أنه لا استبراء عليه وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني يقول: رأيت في كتاب الاستبراء لبعض المشايخ أنه إنما لا يجب الاستبراء على المشتري في هذه الصورة أن لو تزوجها ووطئها ثم اشتراها؛ لأنه حينئذ يملكها وهي مشغولة بعذر، فأما إذا استبرأها قبل أن يطأها وكما استبرأها يبطل النكاح فحال ثبوت ملك اليمين لا نكاح

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٥/٤٥٩

فيجب الاستبراء لتحقق (١١٥أ٣) سببه وهو استحداث حل الوطء بملك اليمين، وكان يحسنه ودقته رحمه.

". (١)

_____"

قال مشايخنا رحمهم الله: إنما يكون له ولاية ربط الدواب فيها إذا كان فيها موضعا معدا لربط الدواب فأما إذا لم يكن فليس له ولاية ربط الدواب، وما ذكر في «الكتاب» فهو بناء على عرف ديارهم؛ لأن في ديارهم الربط يكون في الدار لسعة دورهم، أما في ديارنا فبخلافه وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل مما لا يضر بالبناء ولا يوهنه نحو الوضوء وغسل الثياب أما كل عمل يضر بالبناء ويوهنه نحو الرحى والحدادة والقصارة، فليس له ذلك إلا برضا صاحبه؛ لأن كل عمل هذا حاله فهو مستثنى عن الإجارة بحكم العرف فيعتبر ما لو كان مستثنى عن الإجارة بحكم الشرط.

يوضحه: أن الإجارة وضعت للانتفاع مع بقاء العين مما يؤدي إلى فساد العين لا يكون داخلا تحت الإجارة.

بعض مشايخنا قالوا: أراد بالرحى رحى الماء ورحى الثور لا رحى اليد، وبعض مشايخنا قالوا: يمنع عن الكل، وبعضهم قالوا: إن كان رحى اليد يضر بالبناء يمنع عنه وإلى هذا مال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله وعليه الفتوى.

وأما كسر الحطب فيها فقد ذكر بعض مشايخنا أنه لا يمنع عن المعتاد؛ لأنه من جملة السكنى وبعضهم قالوا: يمنع ويؤمر بالكسر خارج الدار؛ لأنه يؤثر في البناء والبناء لا محالة فلو أنه أقعد فيه قصارا أو حدادا أو عمل ذلك بنفسه، فانهدم شيء من البناء ضمن قيمة ذلك لأن الانهدام أثر للحدادة والقصارة لا أثر السكنى؛ لأن مجرد السكنى لا يؤثر في الانهدام فيضاف بالانهدام على الحدادة والقصارة وإنها ليست بداخله تحت العقد فيكون متعديا فيها فيضمن ما تلف بها ولا أجر عليه فيما ضمن؛ لأن الأجر مع الضمان **لا يجتمعان** وإن لم يهدم شيء من البناء من عمل الحدادة والقصارة لا يجب الأجر قياسا؛ لأن عمل الحدادة والقصارة غير داخل تحت العقد صار الحال فيه بعد العقد والحال قبل العقد سواء ويجب الأجر المسمى استحسانا؛ لأن المعقود عليه السكنى.

". (٢)

_____"

ثم إن محمدا رحمه الله أوجب في هذه المسألة نصف القيمة مطلقا، وذكر في «الجامع الصغير» فيمن استأجر دابة إلى القادسية فأردف رجلا خلفه، فعطبت الدابة ضمن بقدر الزيادة. وذكر في «الجامع الصغير» أيضا بعد مسالة القادسية بكثير واعتبر فيها الحزر والظن.

وفي «القدوري» يقول: المستأجر يضمن النصف، سواء كان الثاني أخف أو أثقل. قال الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله: وحاصل ذلك: أن يعتبر الحزر والظن، فإن أشكل يعتبر العدد، وإن حمل عليها مع نفسه صغيرا لا يمكنه

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٩١/٧

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٦٣/٨

استعمال الدابة، ولا تصريفها ضمن بحساب ما زاد، لأن الصغير إذا كان بهذه المثابة، فحمله وحمل شيئا آخر سواء. وإن حمل عليها مع نفسه شيئا آخر، وبلغت الدابة ضمن بقدر الزيادة تحرر القاضي الراكب ويزن ما حمل مع نفسه أو يرجع في ذلك إلى من له مهارة يعرف أن هذا الحمل كم يزيد على قدر ركوبه، كذا هاهنا.

ثم إذا ركب وحمل عليها مع نفسه حملا يضمن بقدر ما زاد إذا ركب في غير مكان الحمل؛ لأن ثقل الراكب مع ثقل الحمل **لا يجتمعان** في مكان واحد، فيبقى موافقا في البعض مخالفا في البعض، فيضمن بحساب ما خالف فأما إذا ركب على مكان الحمل يضمن جميع القيمة؛ لأن ثقل الراكب مع ثقل الحمل يجتمعان في مكان واحد، فيكون أدق على الدابة. فعلى هذه المسألة نقول:

إذا استأجر دابة ليركبها، فركبها وحمل على عاتقه غيره، يضمن جميع القيمة، وهذا إذا كانت الدابة تطيق أن يركب عليها مع الحمل، أما إذا كانت لا تطيق ذلك يجب جميع الضمان في الأحوال كلها.

ولو استأجر ليركبها فلبس من الثياب أكثر مما كان عليه حين استأجرها إن لبس من ذلك مثل ما يلبسه الناس، فلا ضمان، وإن لبس ما لا يلبسه الناس ضمن بحساب ما زاد؛ لأن في الفعل الأول ما زاد من الثياب داخل تحت الإجارة عرفا، والمعروف كالمشروط.." (١)

"-----

استأجر حمارا ليحمل عليه اثني عشر وقرا من التراب إلى أرضه بدرهم، وله في أرضه لبن فكما عاد من أرضه يحمل عليه وقرا من اللبن، فإن هلك الحمار في الرجوع مع اللبن يضمن قيمة الحمار دون الأجر؛ لأنهما **لا يجتمعان**، ولو سلم الحمار حتى تم العمل، فعلى المستأجر تمام الدرهم، في كل وقر من التراب نصف دانق ويجوز أن يخالف في العمل ثم يجب الأجر المسمى، إذا سلمت الدابة عن ذلك العمل كما في مسألة فرسخ وسبعة فراسخ التي مرت.

وكمن استأجر دابة إلى موضع معين، فجاوزه ثم عاد إلى الوثاق لا يعود أمينا بل هو ضمين، حتى لو هلكت الدابة في طريق ذلك الموضع المعين، يضمن قيمتها، ثم إذا سلمت الدابة يحسب تمام الأجر؛ وكذا لو استأجر دابة ليركب هو بنفسه إلى مكان كذا، فركب وأردف معه غيره صار غاصبا في النصف إذا كانت الدابة فيما تطيق مثلهما، ولو سلمت الدابة يجب تمام الأجر كذا ههنا.

ولو استأجر حمارا ليحمل عليه كذا كذا حملا، فزاد على ما سمى وحمل الحمولة إلى ذلك المكان، فلما وضع الحمولة وجاء بالحمار سليما، ضاع قبل أن يرده إلى صاحبه، ينظر إلى مقدار ما زاد من الحمولة، فيضمن من قيمة الحمار بذلك القدر؛ لأنه صار غاصبا من الحمار بذلك القدر فلا يبرأ عن ضمان ما صار غاصبا منه إلا بالرد. رواه بشر عن أبي يوسف ورواه أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله. وهذا كما ذكر في اختلاف وقران.

أن من استأجر حمارا من الكوفة إلى القادسية ذاهبا وجائيا فجاوزته القادسية، ثم عاد به سليما إلى الكوفة، فعليه نصف ما

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٣٩/٨

سمى من الأجر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأنه صار غاصبا فلا يبرأ عن الضمان إلا بالرد. وعن أبي يوسف: فيمن استأجر دابة من مصر إلى مصره، فأمسكها في بيته فهلكت. قال: إن أمسكها مقدار ما يمسك ليتهيئوا أمورهم، فلا ضمان والأجر ثابت، وإن أمسكها أكثر من ذلك خرجت من الإجارة، وهي معلومة عنده.." (١)

"-----

وإن شاء مال إلى جهة الوفاق وضمنه في المكان الذي انكسر، وأعطاه من الأجر بحساب ذلك. وفي هذه المسألة إشكالان: أحدهما: أنه قال له أن يضمنه قيمته في المكان الذي حمل، ولم يوجد منه سبب ضمان في ذلك المكان.

والثاني: أنه قال: إذا ضمنه قيمته في المكان الذي انكسر أعطاه الأجر بحسابه جمع بين الأجر والضمان، والأجر مع الضمان **لا يجتمعان** على مذهبنا والجواب عن الإشكال الأول: لا بل وجد سبب الضمان في ذلك المكان. وهذا لأن سبب الضمان وإن كان هو من عمله ذلك حالة الانكسار، إلا أن الفساد الحاصل من عمله استبدالي حالة العقد؛ لأن الانكسار من عمله إنما أوجب الضمان باعتبار العقد، فإنه بدون عقد الإجارة الأجير يكون معينا في الحمل، ولا ضمان على المعين ولما كان وجوب الضمان باعتبار العقد كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار، والحكم يضاف إلى السبب، فقد وجد سبب الضمان في المكان الذي انكسر من عمله، فلهذا يخير.

والجواب عن الإشكال الثاني: الأجر مع الضمان إنما **لا يجتمعان** عندنا في حالة واحدة، وقد اختلف الحالة هاهنا بيانه: أنه إذا ضمنته قيمته في المكان الذي انكسر، فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى المكان الذي انكسر، فالأجر يجب له في حالة الأمانة، وإنما صار مضمونا عند الكسر. وهذه حالة أخرى بعد انقضاء حالة الأمانة. ومثل هذا جائز. ألا ترى أنه لو حمل المتاع إلى ذلك المكان المعين، ثم أحرقه أو طرحه فإنه يضمن قيمته في ذلك المكان الذي أحرقه أو طرحه، ولا يبطل الأجر، لأن الأجر واجب في حالة الأمانة، وهذه حالة أخرى فلم يجتمع الأجر والضمان إذا. ". (٢)

"-----

ومن وجه آخر أن الأجر مع الضمان إنما **لا يجتمعان**؛ لأن بالضمان يصير المضمون ملكا للآخر، فيتبين أنه عمل في ملك نفسه وهذا المعنى لا يتأتى ههنا؛ لأنه إذا ضمنه في المكان الذي انكسر، فإنما يملكه الحمال في المكان الذي انكسر فيبقى حاملا إلى هذا المكان ملك الغير، فيستحق الأجر (٥١ب٤) وصار كما لو استهلك المتاع بعدما سلمه إلى المالك، هذا إذا انكسر في وسط الطريق. فأما إذا سقط من رأسه أو زلق رجله بعدما انتهى إلى المكان المشروط، وانكسر الدن فله الأجر ولا ضمان عليه.

حكي عن القاضي صاعد النيسابوري هكذا؛ لأنه حين انتهى إلى المكان المشروط لم يبق الحمل مضمونا عليه. فإما يتوجب جميع الأجر وصار الحمل مسلما إلى صاحب الدن، حتى لا يستحق الحبس، والمتولد من عمل غير مضمون لا يكون

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٤٨/٨

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٧٥/٨

مضمونا عليه بخلاف ما إذا انكسر في وسط الطريق؛ لأن الحمل مضمون لأنه لم يقع الفراغ عنه بعد، وهذا الذي حكي عن القاضي صاعد يوافق قول محمد أخيرا على قول أبي يوسف، وهو قول محمد.

أو لأن الحمال يجب أن يكون ضامنا، فقد ذكر بعد هذا عن ابن سماعة: في رجل استأجر حمالا يحمل له فرقا من سمن إلى بيته، ثم أنزله الحمال مع صاحب الفرق من رأس الحمال، فوقع من أيديهما وهلك، فالحمال ضامن في قول أبي يوسف. وهو قول محمد أولا. فأبو يوسف ما اعتبر الوصول إلى بيت صاحب الفرق إذ لو اعتبرها قال: بوجوب الضمان، وإنما بيته معنى آخر أن يد الحمال قد بتت، وصار الفرق في ضمانه، فلا تبرأ عن الضمان إلا إذا أزال يد الحمال من كل وجه، وإذا وضعاه عن رأس الحمال، فما زال يد الحمال من كل وجه وفي مسألة: ما لم يزل يد الحمال أصلا. فأولى أن لا يبرأ عن الضمان عنده ههنا.." (١)

"*** فتاوى السغدي ج١/ص١٦٩

وقالوا ان الذهب والفضة كالمشمش والزبيب والشاة والعنز يضمان لانهما اثمان الاشياء الا ابا يوسف ومحمد فانهما قالا كلما ضحا يزكي منهما على تكامل الاجزاء وقال ابو حنيفة بخلافه وذلك لو ان رجلا له مائة وخمسون درهما وديناران يساويان خمسين درهما قال ابو حنيفة فيه الزكاة وقال صاحباه لا زكاة فيه لانه ثلاثة اربا ع نصاب الفضة وعشر نصاب الذهب فلا زكاة فيه حتى تكون خمسة دنانير على تكامل الاجزاء بوجه القيمة التي كانت لها في اليوم الذي وضع فيه الزكاة على كل دينار بعشرة دراهم

وفي قول زفر اذا حال الحول على مائة درهم وعشرة دنانير يزكى من كل منهما على حدة

الخلو عن الدين

والثالث من اسباب وجوب الزكاة الذي هو في المال خلوه عن الدين

المال الحاضر والغائب

واعلم ان المال على وجهين مال حاضر ومال غائب

فاما الحاضر فعلى ثلاثه اوجه

الاول مثل الحبوب لمنفعة البيت او المماليك للخدمة والدواب للركوب والمنازل للمسكن والاثواب للبس والامتعة للحاجة ونحوها فليس في شيء منها زكاة وان كثرت وعظمت قيمتها

والوجه الثاني مال التجارة ففيه الزكاة وما اشتراه للتجارة من شيء ففي قيمته الزكاة الا ما كان من أرض الخراج والعشر لان الزكاة والعشر **لا يجتمعان** وكذلك الخراج والزكاة **لا يجتمعان** وما استفاد." (٢)

"*** فتاوى السغدي ج١/ص٣٧٨

الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو من نفى الولد

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٧٦/٨

(٢) النتف في الفتاوى، ١٦٩/١

ثم يقيم المرأة فتحلف المرأة بالله الذي لا اله الا هو وحده لا شريك له ان زوجها من الكاذبين فيما رماها به من الزنا او من نفى الولد والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا او نفى الولد

فاذا حلف فرق القاضي بينهما والحق الولد بأمه

قال ولو حلفا الكل او حلفا الاكثر وفرق القاضي بينهما وقعت الفرقة وان فرق القاضي بينهما قبل اللعان او كان حلف كل منهما حلفا او حلفين او حلف الرجل ولم تحلف المرأة لم تقع الفرقة بينهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وابي عبد الله وفي قول زفر اذا فرغ كلاهما من اللعان وقعت الفرقة بينهما وان لم يفرق القاضي وفي قول الشافعي اذا فرغ من اللعان وقعت الفرقة بينهما وفي قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد لا تقع الفرقة بينهما حتى يفرق القاضي بينهما فيقول فرقت بينكما

قال وفرقة اللعان طلاق في قول ابي حنيفة واصحابه وابي عبد الله وليس بطلاق في قول الشافعي ومالك

ويجوز ان يكذب الرجل نفسه ويحد

والثاني ان يقذف احدا ويحد

والثالث ان يقذف المرأة احد فتحد فعند ذلك يجوز الاجتماع بينهما في قولها لان احدهما قد خرج من حد الشهادة

وفي قول ابي يوسف وابي عبد الله والشافعي لا يجوز بينهما على حال لقوله عليه السلام المتلاعنان **لا يجتمعان** ابدا." [1]

"*** فتاوى السغدي ج١/ص٤٢١

لانه قد أفسد عليه عبدا والعتق والتدبير عندهما سواء **لا يجتمعان** في نفس واحد

كتاب المكاتب

والرجل اذا أراد أن يكاتب عبده فأن رأى فيه خيرا كاتب لقوله تعالى فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا النور ٢٢

وفسر الخير بخمسة من الصفات

١ فقال بعضهم الخير المال

٢ وقال بعضهم الخير الوفاء

٣ وقال بعضهم الخير الصدق

٤ وقال بعضهم الخير الصلاح

٥ وقال بعضهم الخير الحرمة

وان لم ير فيه خيرا فلا يكاتبه

انواع الكتابة من حيث الأجل

والكتابة علي وجهين معجل ومؤجل

---

(١) النتف في الفتاوى، ٣٧٨/١

فالمعجل ان يقول الرجل لعبده كاتبتك على الف درهم عاجلا فان أداه عاجلا عتق والا لم يعتق وعند الشافعي لا يجوز المعجل." (١)

"تلاعن أو تصدقه لأنه حق مستحق عليها وهي قادرة على أيفائه فتحبس فيه وإذا كان الزوج عبدا أو كافرا أو محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار إلى الموجب الأصلي وهو الثابت بقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ الآية واللعان خلف عنه وإن كان من أهل الشهادة وهي أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو كانت ممن لا يحد قاذفها بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام أهلية الشهادة وعدم الإحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما إذا صدقته

والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لأن امتناع اللعان من جهته إذ هو ليس من أهله وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير إليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والأصل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لأنه أقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب أن لفظة المغايبة إذا انضمت إليها الإشارة انقطع الاحتمال

قال وإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما وقال زفر تقع بتلاعنهما لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه الصلاة والسلام كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن فعل القاضي انتسب إليه كما في العنين وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه الصلاة والسلام المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا نص على التأبيد ولهما أن الإكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها **ولا يجتمعان** ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان ولو كان القذف

". (٢)

"في الخارج من أرض الخراج وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع

(١) النتف في الفتاوى، ٤٢١/١

(٢) الهداية شرح البداية، ٢٤/٢

بينهما وكفى بإجماعهم حجة ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان **لا يجتمعان** في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان إلى الأرض وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لأن عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لأنه لا يتحقق عشرا إلا بوجوبه في كل خارج والله أعلم بالصواب & باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عليه الصلاة والسلام أهل نجران على ألف ومائتي حلة ولأن الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه الاتفاق وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني للظاهر الغني في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يضع على كل حالم دينارا أو ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا أو عدله معافر من غير فصل ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ولأنه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض وهذا لأنه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على أنه كان ذلك صلحا ولهذا أمره بالأخذ من الحالمة وإن كانت لا يؤخذ منها الجزية

---

(١) ".

"نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لأن أمر الحد أهم فصار كالذكورة والأنوثة وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والأنوثة **لا يجتمعان** في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه

قال ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدا من فلان بألف وشهد أخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه وكذلك إذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لأن المقصود هو العقد إن كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا إذا كان هو المولى لأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات السبب وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إذا كان المدعي هو المرأة أو العبد أو القاتل لأن المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه وإن كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من

---

(١) الهداية شرح البداية، ١٥٩/٢

الوجوه لأنه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل لأنه لا حظ له في الرهن فعزيت الشهادة عن الدعوى وإن كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الإجارة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع وإن كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآخر فهو دعوى الدين

قال فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح أيضا وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله لهما أن هذا اختلاف في العقد لأن المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع ولأبي حنيفة رحمه الله أن المال في النكاح تابع والأصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالأقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى أقل المالين أو أكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما إذا كانت المراة هي المدعية وفيما إذا كان المدعي هو الزوج إجماع على أنه لا تقبل لأن مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا أصح والوجه ما ذكرناه والله أعلم

". (١)

"يوجب الحد في الاجنبية) خصت بذلك لانها هي المقذوفة فتتم لها شروط الاحصان.

وركنه شهادات مؤكدات باليمين واللعن.

(وحكمه حرمة الوطئ والاستمتاع بعد التلاعن ولو قبل التفريق بينهما) لحديث المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا (وأهله من هو أهل للشهادة) على المسلم.

(فمن قذف) بصريح الزنا." (٢)

"مفارقتهم فيسكنان في بيتهم **ولا يجتمعان** في فراش ولا يلتقيان التقاء الازواج هل لهما ذلك؟ قال: نعم، وأقره المصنف.

(أبانها أو مات عنها في سفر) ولو في مصر (وليس بينها) وبين مصرها مدة سفر رجعت ولو بين مصرها مدته وبين مقصدها أقل مضت (وإن كانت تلك) أي مدة السفر (من كل جانب) منهما ولا يعتبر ما في ميمنة وميسرة، فإن كانت في مفازة (خيرت) بين رجوع ومضى (معها ولي أو لا في الصورتين والعود أحمد) لتعد في منزل الزوج (و) لكن (إن مرت) بما يصلح الاقامة كما في البحر وغيره.

زاد في النهر: وبينه وبين مقصدها سفر (أو كانت في مصر) أو قرية تصلح للاقامة (تعتد ثمة) إن لم تجد محرما اتفاقا، وكذا إن وجدت عند الامام (ثم تخرج بمحرم) إن كان (وتنتقل المعتدة) المطلقة بالبادية.

---

(١) الهداية شرح البداية، ٣/١٢٨

(٢) الدر المختار، ٣/٥٣١

فتح (مع أهل الكلام) في محفة أو خيمة مع زوجها (أو تضررت بالمكث في المكان) الذي طلقها فيه فله أن يتحول بها، وإلا لا." [١]

"بالبناء للفاعل أو المفعول (حدادا أو قصارا أو طحانا من غير رضا المالك أو اشتراطه) ذلك (في) عقد (الاجارة) لانه يوهن البناء فيتوقف على الرضا.

(وإن اختلفا في الاشتراط فالقول للمؤجر) كما لو أنكر أصل العقد (وإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر) لاثباتها الزيادة.

خلاصة.

وفيها استأجر للقصارة فله الحدادة إن اتحد ضررهما، ولو فعل ما ليس له لزمه الاجر، وإن انهدم به البناء ولا أجر لانهما **لا يجتمعان**.

(وله السكنى بنفسه وإسكان غيره بإجارة وغيرها) وكذا كل ما لا يختلف بالمستعمل يبطل التقييد لانه غير مفيد، بخلاف ما يختلف به كما سيجئ، ولو آجر بأكثر تصدق بالفضل إلا في مسألتين: إذا آجرها بخلاف الجنس أو أصلح فيها شيئا، ولو آجرها من المؤجر لا تصح وتنفسخ." [٢]

"أقعده في السرج صار غاصبا فلا أجر عليه.

بحر عن الغاية لكن في السراج عن المشكل ما يخالفه، فليتأمل عند الفتوى.

وكيف في الاشباه وغيرها أن الاجر والضمان **لا يجتمعان**.

(وإذا استأجرها ليحمل عليها مقدارا فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) وهذا إذا حملها المستأجر (فإن حملها صاحبها) بيده (وحده فلا ضمان على المستأجر) لانه هو المباشر.

عمادية (وإن حملا) الحمل (معا) ووضعاه عليها (وجب النصف على المستأجر) بفعله وهدر فعل ربها.

مجتبى.

(ولو) كان البر مثلا في جولقين ف (حمل في كل واحد) منهما (جولقا) أي وعاء كعدل مثلا." [٣]

"لم مر في الزراعة (فإن تنازعا قبل الزرع) في مسألة الزراعة (أو الحمل) في مسألتنا (فسخت الاجارة دفعا للفساد) لقيامه بعد.

(استأجر دابة ثم جحد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الانكار، ولا يجب لما بعده) عند أبي يوسف: لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان **لا يجتمعان**، وعند محمد: يجب المسمى.

درر.

وكأنه لا قول للامام.

---

(١) الدر المختار، ٥٩١/٣

(٢) الدر المختار، ٣١٠/٥

(٣) الدر المختار، ٣٢٠/٥

وفي الاشباه: قصر الثوب المجحود، فإنه قبله فله الاجر، وإلا لا، وكذا الصباغ والنساج.

(إجارة المنفعة بالمنفعة تجوز إذا اختلفا) جنسا كاستئجار سكنى دار بزراعة أرض (وإذا اتحدا." (١)

"عليك أم لك وكذا لو عرف بالسفر لان المعروف كالمشروط (بخلاف العبد الموصى بخدمته فإن له أن يسافر به مطلقا) لان مؤنته عليه (ولو سافر) المستأجر (به فهلك ضمن) قيمته لانه غاصب (ولا أجر عليه وإن سلم) لان الاجر والضمان **لا يجتمعان**.

وعند الشافعي: له أجر المثل.

(ولا يسترد مستأجر من عبد) أو صبي (محجور) أجرا دفعه إليه (ل) أجل (عمله) لعودها بعد الفراغ صحيحة استحسانا (ولا يضمن غاصب عبد ما أكل) الغاصب (من أجره) الذي آجر العبد نفسه به لعدم تقومه عند أبي حنيفة (كما) لا يضمن إتفاقا (لو آجره لغاصب) لان لاجر له لا لمالكه (وجاز للعبد قبضها) لو آجر نفسه لا لو آجره المولى إلا بوكالة." (٢)

"لكن في الشرنبلالية عن المواهب التصريح بتقييد الكتابة بكونها قبل القبض، فليحرر.

قلت: ثم وقفت على البرهان شرح مواهب الرحمن فلم أر القيد المذكور، فتدبر (ثم ينفسخ برضاها فيجوز له الوطئ بلا استبراء) لزوال ملكه بالكتابة ثم يجدده بالتعجيز، لكن لم يحدث ملك حقيقة فلم يوجب سبب الاستبراء، وهذه أسهل الحيل.

تاترخانية (له أمتان) **لا يجتمعان** نكاحا (أختان) أم لا (قبلهما) فلو قبل أو وطئ إحداهما يحل له وطؤها وتقبيلها دون الاخرى (بشهوة) الشهوة في القبلة لا تعتبر بل في المس والنظر.

ابن كمال (حرمتا عليه وكذلك) يحرم عليه." (٣)

"بالبناء للفاعل أو المفعول (حدادا أو قصارا أو طحانا من غير رضا المالك أو اشتراطه) ذلك (في) عقد (الاجارة) لانه يوهن البناء فيتوقف على الرضا.

(وإن اختلفا في الاشتراط فالقول للمؤجر) كما لو أنكر أصل العقد (وإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر) لاثباتها الزيادة. خلاصة.

وفيها استأجر للقصارة فله الحدادة إن اتحد ضررهما، ولو فعل ما ليس له لزمه الاجر، وإن انهدم به البناء ولا أجر لانهما **لا يجتمعان**.

(وله السكنى بنفسه وإسكان غيره بإجارة وغيرها) وكذا كل ما لا يختلف بالمستعمل يبطل التقييد لانه غير مفيد، بخلاف

---

(١) الدر المختار، ٣٤٦/٥

(٢) الدر المختار، ٣٥٩/٥

(٣) الدر المختار، ٦٩٧/٥

ما يختلف به كما سيجيء، ولو آجر بأكثر تصدق بالفضل إلا في مسألتين: إذا آجرها بخلاف الجنس أو أصلح فيها شيئا، ولو آجرها من المؤجر لا تصح وتنفسخ." (١)

"أقعده في السرج صار غاضبا فلا أجر عليه.

بحر عن الغاية لكن في السراج عن المشكل ما يخالفه، فليتأمل عند الفتوى.

وكيف في الاشباه وغيرها أن الاجر والضمان **لا يجتمعان**.

(وإذا استأجرها ليحمل عليها مقدارا فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) وهذا إذا حملها المستأجر (فإن حملها صاحبها) بيده (وحده فلا ضمان على المستأجر) لانه هو المباشر.

عمادية (وإن حملا) الحمل (معا) ووضعاه عليها (وجب النصف على المستأجر) بفعله وهدر فعل ربها.

مجتبى.

(ولو) كان البر مثلا في جولقين ف (حمل في كل واحد) منهما (جولقا) أي وعاء كعدل مثلا." (٢)

"لم مر في الزراعة (فإن تنازعا قبل الزرع) في مسألة الزراعة (أو الحمل) في مسألتنا (فسخت الاجارة دفعا للفساد لقيامه بعد.

(استأجر دابة ثم جحد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الانكار، ولا يجب لما بعده) عند أبي يوسف: لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان **لا يجتمعان**، وعند محمد: يجب المسمى.

درر.

وكأنه لا قول للامام.

وفي الاشباه: قصر الثوب المجحود، فإنه قبله فله الاجر، وإلا لا، وكذا الصباغ والنساج.

(إجارة المنفعة بالمنفعة تجوز إذا اختلفا) جنسا كاستئجار سكنى دار بزراعة أرض (وإذا اتحدا." (٣)

"عليك أم لك وكذا لو عرف بالسفر لان المعروف كالمشروط (بخلاف العبد الموصى بخدمته فإن له أن يسافر به مطلقا) لان مؤنته عليه (ولو سافر) المستأجر (به فهلك ضمن) قيمته لانه غاصب (ولا أجر عليه وإن سلم) لان الاجر والضمان **لا يجتمعان**.

وعند الشافعي: له أجر المثل.

(ولا يسترد مستأجر من عبد) أو صبي (محجور) أجرا دفعه إليه (ل) أجل (عمله) لعودها بعد الفراغ صحيحة استحسانا (ولا يضمن غاصب عبد ما أكل) الغاصب (من أجره) الذي آجر العبد نفسه به لعدم تقومه عند أبي حنيفة (كما) لا

---

(١) الدر المختار، ٣١٠/٦

(٢) الدر المختار، ٣٢٠/٦

(٣) الدر المختار، ٣٤٦/٦

يضمن إتفاقا (لو آجره لغاصب) لان لاجر له لا لمالكه (وجاز للعبد قبضها) لو آجر نفسه لا لو آجره المولى إلا بوكالة." (١)

"لكن في الشرنبلالية عن المواهب التصريح بتقييد الكتابة بكونها قبل القبض، فليحرر.

قلت: ثم وقفت على البرهان شرح مواهب الرحمن فلم أر القيد المذكور، فتدبر (ثم ينفسخ برضاها فيجوز له الوطئ بلا استبراء) لزوال ملكه بالكتابة ثم يجدده بالتعجيز، لكن لم يحدث ملك حقيقة فلم يوجب سبب الاستبراء، وهذه أسهل الحيل.

تاترخانية (له أمتان) **لا يجتمعان** نكاحا (أختان) أم لا (قبلهما) فلو قبل أو وطئ إحداهما يحل له وطؤها وتقبيلها دون الاخرى (بشهوة) الشهوة في القبلة لا تعتبر بل في المس والنظر.

ابن كمال (حرمتا عليه وكذلك) يحرم عليه." (٢)

"فرجها فاذا انقضت عدتها من الأول تزوجها الآخر ان اراد ذلك وتابعته المرأة عليه وقال اهل المدينة مثل قول ابي حنيفة إلا في حضلة واحدة قالوا **لا يجتمعان** ابدا بنكاح مستقبل

قال محمد وكيف قلتم هذا قالوا بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال **لا يجتمعان** ابدا قيل لهم وقد قال هذا عمر

". (٣)

"فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيه أصلا لخروجه عن عادة طاقة الدابة قال في شرحه لا أجرة عليه في قدر الزيادة ؛ لأنه استوفى منفعتها فيه من غير عقد .

وقوله " الثقل " بكسر الثاء وتحريك القاف ولو استأجر دابة إلى مكان فجاوز ذلك المكان فإنه يصير مخالفا وبالخلاف صار ضامنا ، ثم إذا عاد وسلم الدابة إلى صاحبها فإنه يجب الأجرة للذهاب ولا يجب عليه شيء للمجيء إذا كان قد استأجرها ذاهبا وجائيا ؛ لأنه لما جاوز المكان صار مخالفا فيجب عليه الضمان ، والأجرة والضمان **لا يجتمعان** عندنا قال في الهداية إذا استأجر دابة إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ، ثم ردها إلى الحيرة فنفقت فهو ضامن وكذا العارية فقيل : تأويل هذه المسألة إذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا إلى يد المالك معنى أما إذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع إذا خالف ، ثم عاد إلى الوفاق فإنه يرتفع عنه الضمان وقيل الجواب مجرى على الإطلاق وهو الأصح ولو استأجر دابة إلى مكان معلوم فلم يذهب بها وجلس في داره حتى مضت المدة فعطبت يجب عليه الضمان بحبسه لها ولا أجرة عليه ؛ لأنه حبسها في موضع غير مأذون فيه وكذا إذا استأجرها إلى موضع معلوم فركبها

---

(١) الدر المختار، ٣٥٩/٦

(٢) الدر المختار، ٦٩٧/٦

(٣) الحجة، ١٨٦/٣

إلى موضع آخر فإنه يضمن إذا هلكت ، وإن كان أقرب منه ؛ لأنه صار مخالفا ولا أجرة عليه ، وإن استأجرها إلى مكان معلوم فذهب من غير الطريق العام إن كان الناس يسلكونه لا يصير مخالفا ، وإن سلك." (١)

"(قوله : من استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك في العقد) لأن خدمة السفر أشق وهذا إذا استأجره في المصر ولم يكن على هيئة السفر أما إذا كان على هيئة السفر ففيه اختلاف المشايخ ، وأما إذا كان مسافرا واستأجره فله أن يسافر به فإذا استأجره في المصر للخدمة وسافر به من غير شرط فتلف في يده ضمنه ولا أجرة عليه ؛ لأنه خالف فخرج عن العقد فصار مستخدما لعبد غيره بغير عقد ، وإنما لم تلزمه الأجرة ؛ لأن الأجرة والضمان لا يجتمعان فإن استأجره ليخدمه يوما فله أن يستخدمه من طلوع الفجر إلى أن ينام الناس بعد العشاء الآخرة وله أن يكلفه كل شيء من خدمة البيت مثل غسل ثوبه وطبخ لحمه وعجن دقيقه وعلف دابته وحلبها – إن كان يحسنه – واستقاء الماء من البئر ، وإنزال متاعه من السطح ورفعه إلى السطح وخدمة أضيافه ؛ لأن هذه الأشياء من الخدمة كذا في شرحه ويكره أن يستأجر امرأة أو أمة للخدمة ويخلو بها ؛ لأنه لا يأمن على نفسه الفتنة ، وإذا أجر عبده سنة فلما مضت ستة أشهر أعتقه جاز عتقه ويكون العبد بالخيار إن شاء مضى على الإجارة ، وإن شاء فسخها ؛ لأنه ملك نفسه بالحرية فإن مضى عليها وأجازها فليس له بعد ذلك أن ينقضها ، وتكون أجرة ما بقي من السنة للعبد وأجرة ما مضى للمولى ، وإن كان المولى قد قبض أجرة السنة كلها سلفا ثم أعتق العبد فاختار المضي على الإجارة فالأجرة كلها للمولى ؛ لأنه قد ملكها بالتعجيل." (٢)

"يجز أن يتلاعنا في نكاح بقذف في نكاح آخر قال الخجندي إذا قذفها ثم أبانها فلا حد ولا لعان أما سقوط الحد فلأن القذف أوجب اللعان وأما اللعان فلأن الزوجية قد زالت وإن قذفها ثم طلقها طلاقا رجعيا تلاعنا لقيام الزوجية وإن طلقها طلاقا بائنا ثم قذفها بالزنا فعليه الحد ؛ لأنها أجنبية وإن قال لامرأته يا زانية أنت طالق ثلاثا فلا حد عليه ولا لعان ؛ لأن اللعان سقط بزوال الملك ؛ لأن من شرط اللعان الزوجية وقد زالت بالطلاق وإذا سقط اللعان من طريق الحكم لم ينتقل إلى الحد ، ولو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية وجب عليه الحد ؛ لأنه قذفها بعد الإبانة (قوله وكانت الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد) ؛ لأنها بتفريق القاضي كما في العنين ولها النفقة والسكنى في عدتها ويثبت نسب ولدها إلى سنتين إن كان معتدة وإن لم تكن معتدة فإلى ستة أشهر (قوله وقال أبو يوسف تحريما مؤبدا) لقوله عليه السلام ﴿ المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ﴾ وهما يقولان معنى الحديث ما داما متلاعنين فأما إذا كذب نفسه لم يبق التلاعن بعد الإكذاب.." (٣)

"قوله : (ومن سرق عينا فقطع فيها وردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع) .

وقال زفر يقطع وإذا لم يقطع عندنا وجب الضمان بخلاف ما إذا زنى بامرأة فحد ثم عاد فزنى بها حد أيضا ثانيا ، والفرق

---

(١) الجوهرة النيرة، ١٧/٣

(٢) الجوهرة النيرة، ٢٧/٣

(٣) الجوهرة النيرة، ٢٦٨/٤

أن في السرقة إذا سقط القطع وجب ضمان المال عوضا عنه ، وفي الزنا إذا سقط الحد لم يضمن عين المرأة قوله : (وإن تغيرت عن حالها مثل إن كانت غزلا فسرقه فقطع فيه فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع) وهذا لا خلاف فيه لأن العين قد تبدلت ولهذا إذا غصب غزلا فنسجه ثوبا انقطع حق صاحبه عنه وملكه الغاصب ولزمه قيمة الغزل ، ولو سرق نقرة فضربها دراهم أو دنانير فإنه يقطع ، والدراهم ، والدنانير إلى صاحبها عند أبي حنيفة ، ولو سرق ثوبا فقطعه وخاطه يكون للسارق بعد أن قطعت يده ولا ضمان عليه لأن العين زالت عن ملك المسروق منه ، والتضمين متعذر لأجل قطع يده إذ القطع ، والضمان **لا يجتمعان** ، ولو سرق ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر فقطعت يده فعندهما يكون للسارق وينقطع حق صاحبه عنه .

وقال محمد : يؤخذ الثوب منه ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب ، ولو صبغه أسود أخذ منه ناقصا عند أبي حنيفة لأن السواد عنده نقصان وعند أبي يوسف لا يؤخذ منه مثل العصفر وعند محمد يؤخذ منه ويعطى ما زاد الصبغ فيه وإن سرق فضة أو ذهبا فقطع فيها ثم ردها على صاحبها فجعلها آنية أو كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد فسرقها لم يقطع عند أبي حنيفة لأن العين لم تتغير عنده ، وقالا يقطع." (١)

"(قوله وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسمت كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة) لأن الدور المختلفة بمنزلة الأجناس المختلفة إلا أن يتراضوا على ذلك .

(قوله وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) لأنها جنس واحد اسما وصورة نظرا إلى أن أصل السكنى أجناس معنى نظرا إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح إلى القاضي وفي التقييد بقوله في مصر واحد إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين **لا يجتمعان** في القسمة عندهما وهي رواية هلال عنهما وعن محمد تقسم إحداهما في الأخرى والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت في محلة أو في محال لأن التفاوت فيما بينهما يسير .." (٢)

"قوله (ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج ولا عشر في الخارج من أرض الخراج) يعني إذا اشترى المسلم أرض الخراج فعليه الخراج لا غير ولا عشر عليه ولا يجتمع خراج وعشر في أرض واحدة وعند الشافعي يجمع بينهما ؛ لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان فقوله حقان مختلفان يعني أن أحدهما مؤنة في معنى العقوبة وهو الخراج والثاني مؤنة في معنى العبادة وهو العشر وقوله في محلين مختلفين يعني أن محل الخراج الذمة ومحل العشر الخارج وقوله بسببين مختلفين فسبب وجوب العشر النماء الحقيقي وهو وجود الخارج وسبب الخراج النماء التقديري وهو التمكن من الزراعة ولنا قوله عليه السلام ﴿ لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ﴾ ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان **لا يجتمعان** في أرض واحدة وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما كما إذا اشترى أحدهما أرض عشر أو أرض خراج للتجارة كان فيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة." (٣)

---

(١) الجوهرة النيرة، ٥/٢٢٠

(٢) الجوهرة النيرة، ٦/٤٠

(٣) الجوهرة النيرة، ٦/١٢٩

"لله علي صوم يوم النحر قال يفطر ويقضي وان نوى يمينا فعليه يمين وقال ابو يوسف (رحمه الله) اذا قال لله علي ان اصوم يوم النحر وأراد يمينا كان يمينا خاصا وان قال لله على صوم هذه السنة افطر يوم شرح المتن لان المنذر به منهي عنه وانا نقول بلى هو منهي ولكن لغيره فلا يمنع صحة النذر

قوله فعليه يمين هذه المسئلة على ستة اوجه ان نواهما وهو النذر واليمين جميعا كانا نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف كان نذرا خاصة وان نوى اليمين لا غير كان نذرا ويمينا وعندهما وقال ابو يوسف كان يمينا خاصة وان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا كان يمينا خاصة بالاجماع وان نوى النذر لا غير او نوى النذر وان لا يكون يمينا او لم ينو شيئا كان نذرا خاصة فالحاصل ان ابا يوسف ابى الجمع بين النذر واليمين لان هذا الكلام للنذر حقيقة ولليمين مجاز والحقيقة مع المجاز **لا يجتمعان** تحت كلمة واحدة فإن نواهما فالحقيقة أولى بالاعتبار لأن الحقيقة معتبر في موضعه والمجاز معتبر في غير موضعه والشيء الواحد لا يكون في موضعه وفي غير موضه وإن نوى اليمين لا غير تعين المجاز فلا تبقى الحقيقة مرادة ولهما أن في النذر معنى اليمين فإنه فيه إيجاب الصوم على نفسه إلا أن في النذر إيجاب الصوم لنفسه وفي اليمين إيجاب الصوم لغيره وهو أن لا يصير هاتكا حرمة إسم الله (تعالى) وهذا المعنى لا ينافي النذر إلا أنه غير معتبر فإذا نواه فقد اعتبره فيلزمه الكفارة وهذا ليس جمعا بين الحقيقة والمجاز وإنما هذا عمل بالشبهين كالهبة بشرط العوض بيع انتهاء هبة ابتداء والإقالة فسخ في حق العاقدين وبيع جديد في حق الثالث وليس طريقهما طريق الجمع بين الحقيقة والمجاز وإنما طريقها العمل بالدليلين فكذا هذا

قوله فلا شيء عليه وروى عن أبي يوسف ومحمد أنه عليه القضاء

". (١)

"وقال ابو يوسف (رحمه الله) **لا يجتمعان** نصراني له اخت مسلمة لا يجبر على نفقتها رجل اشترى امة فلم يقبضها حتى حاضت فعليه ان يستبرئها بحيضة اخرى والله اعلم شرح المتن

قوله **لا يجتمعان** اعتمد ابو يوسف على ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم المتلاعنان **لا يجتمعان** ابدا ولهما ان اللعان شهادة بطلب الرجوع والشهادة متى بطلت يجعل كأن لم يكن

قوله لا يجبر لان نفقة غير الوالدين والمولودين بناء على الوراثية بالنص ولا وراثة بين الكافر والمسلم فلا يستحق النفقة

قوله بحيضة اخرى لان الاستبراء يجب على مالك الجارية بملك اليمين اذا اراد الوطئ فكان سببه ارادة الوطئ بملك اليمين وذلك لا يتصور الا بعد القبض فلا ينوب الاول منابه

---

(١) الجامع الصغير– عالم الكتب، ص/١٤٢

". (١)

"محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة (رضي الله عنهم) : الكدرة والصفرة والحمرة في أيام الحيض حيض وقال أبو يوسف (رحمه الله) : لا تكون الكدرة حيضا إلا بعد الدم امرأة أيامها خمسة فرأت الدم عشرة أيام فهو حيض وإن زاد فهي استحاضة إلا في أيامها الخمسة حامل رأت الدم فليس بشيء فإن ولدت ولدا وفي بطنها ولد آخر فالنفاس من الولد الأول وكذلك إن كان بين الولدين أربعون يوما وتنقضي العدة بالولد الآخر

وقال محمد وزفر (رحمهما الله) : النفاس من الولد الآخر وبه تنقضي العدة والله أعلم

الجامع الصغير [جزء ١ - صفحة ٢٤١]

﴿ مسائل من كتاب الطلاق لم تدخل في الأبواب ﴾

محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة (رضى الله عنهم) : عنين أجل سنة فقال : قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء فإن قلن : هي بكر خيرت وإن كان ثيبا في الأصل فالقول قول الزوج فإن قال بعد الحول : لم أجامعها واختارت نفسها فهي تطليقة بائنة وإن اختارته لم يكن لها بعد ذلك خيار رجل لاعن امرأته لم يقع فرقة حتى يفرق القاضي فإن فرق فهي تطليقة بائنة وهو خاطب إذا أكذب نفسه وهو قول محمد (رحمه الله)

وقال أبو يوسف (رحمه الله) : **لا يجتمعان** نصراني له أخت مسلمة لا يجبر على نفقتها رجل اشترى أمة فلم يقبضها حتى حاضت فعليه أن يستبرئها بحيضة أخرى والله أعلم

الجامع الصغير [جزء ١ - صفحة ٢٤٤]

كتاب العتاق." (٢)

"وهي رميم إلى العظام الحقيقية على طريقة الاستخدام لأن من أقسامه كما عرف في علم البديع أن يراد بلفظ له معنيان أحدهما ثم يؤتي بعده بضمير يعود في اللفظ عليه وفي المعنى على معناه الآخر كقول معاوية بن أبي ملك (((مالك))) إذا نزل السماء بأرض قوم رعيناه وإن كانوا غضابا فإنه أراد بالسماء المطر وأراد بالضمير في رعيناه النبات والنبات أحد معنى السماء لأنه مجاز عنه باعتبار أن المطر سببه وسوغ له عود الضمير إلى النبات وإن لم يكن تقدم له ذكر لتقدم ذكر سببه وهو السماء التي أريد بها المطر فكذلك ما نحن فيه فإن العظام له معنيان أحدهما مراد وهو النفوس مجازا من إطلاق البعض وإرادة الكل والمعنى الآخر وهو العظام الحقيقية غير مراد

ثم الضمير في قوله وهي رميم يعود إلى العظام بالمعنى الغير المراد لا بالمعنى المراد وهو النفوس فكان من باب الاستخدام

---

(١) الجامع الصغير- عالم الكتب، ص/٢٤٣

(٢) الجامع الصغير، ص/١١٣

هذا ما ظهر لي

الثالث ما ذكره في غاية البيان والعناية أن المراد أصحاب العظام على تقدير مضاف

فإن قلت المفهوم من الآية إحياؤها في الآخرة وأحوالها لا تناسب أحوال الدنيا قلنا سوق الكلام صريح في الرد على من أنكر عادتها (((إعادتها))) في الآخرة إلى ما كانت عليه في الدنيا بعد أن صارت بالية خالية عن استعداد العود إليها في زعمهم وقد استدل بعض مشايخنا لغير العظم ونحوه بقوله تعالى ﴿ ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها أثاثا ومتاعا إلى حين ﴾ ووجه الدلالة عموم الآية فإن الله تعالى من علينا بأن جعل لنا الانتفاع ولم يخص شعر الميتة من المذكاة فهو عموم إلا أن يمنع منه دليل

وأيضا فإن الأصل كونها طاهرة قبل الموت بإجماع ومن زعم أنه انتقل إلى نجاسة فعليه البيان

فإن قيل حرمت عليكم الميتة وذلك عبارة عن الجملة قلنا نخصه بما ذكرنا فإنه منصوص عليه في ذكر الصوف وليس في آيتكم ذكر الصوف صريحا فكان دليلنا أولى

كذا ذكر القرطبي في تفسيره وذكر أن الصوف للغنم والوبر للإبل والشعر للمعز

وقد أجاب الاتقاني في غاية البيان أيضا عن استدلالهم بقوله تعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ المائدة ٣ بأنا لا نسلم أن المراد منه حرمة الانتفاع فلم لا يجوز أن يكون المراد منه حرمة الأكل بدليل ما رويناه في حديث مولاة ميمونة ولئن قال الشافعي في بعض هذه الأشياء رطوبة فنقول نحن نقول أيضا بنجاسته إذا بقيت الرطوبة وكلامنا فيما إذا لم تبق الرطوبة في العظم والحافر والظلف ونحوه وإذا غسل الشعر ونحوه وأزيل عنه الدم المتصل والرطوبة النجسة

ولئن قال الشعر ينمو بنماء الأصل فنقول نعم ينمو لكن (((ولكن))) لا نسلم أن النماء يدل على الحياة الحقيقية كما في النبات والشجر

وقوله بنماء الأصل غير مسلم أيضا لأنه ينمو مع نقصان الأصل كما إذا هزل الحيوان بسبب مرض فطال شعره ا هـ

وقد وقع في الهداية تعريف الموت بزوال الحياة فقال في كشف الأسرار شرح أصول فخر الإسلام من باب الأهلية الموت عند أهل السنة أمر وجودي لأنه ضد الحياة لقوله تعالى ﴿ خلق الموت والحياة ﴾ الملك ٢ وعند المعتزلة هو زوال الحياة فهو أمر عدمي

وتفسير صاحب الهداية بزوال الحياة تفسير بلازمه

كذا نقل عن العلامة شمس الأئمة الكردري (((الكردي))) ا هـ

وهكذا أوله في الكافي

وذكر في معراج الدراية أن الموت ضد الحياة والضدان صفتان وجوديتان يتعاقبان على موضوع واحد ويستحيل اجتماعهما ويجوز ارتفاعهما وزوال الحياة ليس بضد الحياة كما أن زوال السكون ليس بضد السكون فكان هذا تعريفا بلازمه ا هـ

وتعقبه في غاية البيان بأنا لا نسلم أن زوال الحياة ليس بضد لها وكيف يقال هذا وزوال الحياة مع الحياة لا يجتمعان وليس معنى التضاد إلا هذا ولا نسلم أن زوال الحياة ليس بوجودي فهل لزوال الحياة وجود أم لا فإن قلت نعم فيكون زوال الحياة وجوديا وإن قلت لا فيكون حينئذ زوال الحياة حياة وهو محال لأن عدم زوال الحياة عبارة عن الحياة ا هـ

ولا يخفى ضعفه لأن الموت نفس زوال الحياة لا عدم زوالها ولا يلزم من كون نقيض الشيء عدميا أن يكون عدم عدمه حتى يكون نفي النفي فيكون اثباتا

وأما جعله زوال الحياة ضدا لها فغير مسلم لأن التضاد الحقيقي هو أن يكون بين الموجودين اللذين يمكن تعقل أحدهما مع الذهول عن الآخر تعاقب على الموضوع ويكون بينهما غاية الخلاف وهي ما يكون مقتضى كل منهما مغاير المقتضى الآخر كالسواد والبياض فإن مقتضى أحدهما قبض البصر ومقتضى الثاني تفريقه ولا شك أن زوال الحياة عدمي فلا يكون ضدا لها وإنما يكون بينهما تقابل العدم والملكة وقد ذكر بعض الأصوليين في شرح المغني أن هذا الفرق إنما هو على اصطلاح أهل العقول (((المعقول))) أما على اصطلاح الأصوليين فالضد

---

(١) ".

"عام في كل عبادة أيضا

وأما العقل والبلوغ فليسا من شرائط الوجوب حتى يجب العشر في أرض الصبي والمجنون لأن فيه معنى المؤنة ولهذا جاز للإمام أن يأخذه جبرا ويسقط عن صاحب الأرض إلا أنه لا ثواب له إلا إذا أدى اختيارا ولذا لو مات من عليه العشر والطعام قائم يؤخذ منه بخلاف الزكاة وكذا ملك الأرض ليس بشرط للوجوب لوجوبه في الأرض الموقوفة

ويجب في أرض المأذون والمكاتب ويجب على المؤجر عنده وعندهما على المستأجر كالمستعير ويسقط عن المؤجر بهلاكه قبل الحصاد لا بعده وفي المزارعة على قولهما فالعشر عليهما بالحصة وعلى قوله على رب الأرض لكن يجب في حصته في عينه وفي حصة المزارع يكون دينا في ذمته وفي الأرض المغصوبة على الغاصب إن لم تنقصها الزراعة وإن نقصتها فعلى رب الأرض عنده وعندهما في الخارج

ولو كانت الأرض خراجية فخراجها على رب الأرض في الوجوه كلها بالإجماع إلا في الغصب إذا لم تنقصها الزراعة فخراجها على الغاصب وإن نقصتها فعلى رب الأرض

كذا في البدائع وغيره

وفي الخلاصة والظهيرية إن الخراج إنما يكون على الغاصب إذا كان جاحدا ولا بينة للمالك وزرعها الغاصب أما إذا كان مقرا أو للمالك بينة عادلة ولم تنقصها الزراعة فالخراج على رب الأرض ا هـ

وأما شرائط المحلية فإن تكون عشرية فلا عشر في الخارج من أرض الخراج لأنهما لا يجتمعان وسيأتي بيان العشرية ووجود الخارج وأن يكون الخارج منها مما يقصد بزراعته نماء الأرض فلا عشر في الحطب ونحوه وسيأتي بيان قدره

---

(١) البحر الرائق، ١/ ١١٥

وأما وقته فوقت خروج الزرع وظهور الثمر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف وقت الإدراك وعند محمد عند التنقية والجذاذ وأما ركنه فالتمليك كالزكاة وشرائط الأداء ما قدمناه في الزكاة

وأما ما يسقطه فهلاك الخارج من غير صنعه وبهلاك البعض يسقط بقدره وإن استهلكه غير المالك أخذ الضمان منه وأدى عشره وإن استهلكه المالك ضمن عشره وصار دينا في ذمته

ومنها الردة ومنها موت المالك من غير وصية إذا كان قد استهلكه

كذا في البدائع مختصرا

قوله (يجب في عسل أرض العشر ومسقي سماء وسبح (((وسيح))) بلا شرط نصاب وبقاء إلا الحطب والقصب والحشيش) أي يجب العشر فيما ذكر أما في العسل فللحديث في العسل والعشر (((العشر))) ولأن النحل يتناول من الأنوار والثمار وفيهما العشرة (((العشر))) فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود القز لأنه يتناول الأوراق ولا عشر فيها

أطلقه فتناول القليل والكثير وهو مذهب الإمام وقدر أبو يوسف نصابه بخمسة أوسق وعن محمد بخسمة (((بخمسة))) أفراق كل فرق ستة وثلاثون رطلا

قيد بأرض العشر لأن العسل إذا كان في أرض الخراج فلا شيء فيه لما ذكر أن وجوب العشر فيه لكونه بمنزلة الثمر ولا شيء في ثمار أرض الخراج لامتناع وجوب العشر والخراج في أرض واحدة

وفي المعراج وقول محمد لا شيء فيه أي في العسل ولكن الخراج يجب باعتبار التمكن من الاستنزال ا هـ

وفي المبسوط إن صاحب الأرض يملك العسل الذي في أرضه وإن لم يتخذها لذلك حتى له أن يأخذه ممن أخذه من أرضه بخلاف الطير إذا فرخ في أرض رجل فجاء رجل وأخذه فهو للآخذ لأن الطير لا يفرخ في موضع ليترك فيه بل ليطير فلم يصر صاحب الأرض محرزا (((محررا))) للفرخ بملكه ا هـ

ولو وجد العسل في المفازة أو الجبل ففيه اختلاف فعندهما يجب العشر

وقال أبو يوسف لا شيء فيه لأن الأرض ليست بمملوكة

ولهما إن المقصود من ملكها النماء وقد حصل وعلى هذا كل ما يوجد في الجبال من الثمار والجوز وبهذا علم أن التقييد بأرض العشر

." (١)

"مؤبدة كما سيأتي

وفي شرح النقاية وأما قول البيهقي في المعرفة أن عويمر (((عويمرا))) حين طلقها ثلاثا كان جاهلا بأن اللعان فرقة فصار كمن شرط الضمان في السلف وهو يلزمه شرط أو لم يشرط بخلاف المظاهر ا هـ

---

(١) البحر الرائق، ٢/٢٥٥

والجواب أن الاستدلال إنما هو بعدم إنكاره عليه السلام عليه لا بمجرد فعله كما لا يخفى ويقع في بعض الشروح زيادة الفاء في قوله هي طالق ثلاثا وهي من النساخ لأن الواقع أن عويمر (((عويمرا))) أنجز (((نجز))) طلاقها لا أنه علقه بالإمساك

وفي التتارخانية وإن أخطأ القاضي ففرق بينهما بعد وجود أكثر اللعان من كل واحد منهما وقعت الفرقة ولو التعن كل واحد مرتين ففرق القاضي بينهما لم تقع الفرقة ولو فرق بينهما بعد لعان الزوج قبل لعان المرأة نفذ حكمه لكونه مجتهدا فيه ا هـ

وينبغي أن يقيد بغير القاضي الحنفي أما هو فلا ينفذ

وفي فتح القدير وطؤها حرام بعده قبل التفريق وإن كان النكاح قائما لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وفي التتارخانية ولها النفقة والسكنى ما دامت في العدة

قوله (وإن قذف بولد نفى نسبه وألحقه بأمه) لأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمنه القضاء بالتفريق

وفي البدائع ولوجوب قطع النسب شرائط الأول التفريق

الثاني أن يكون بحضرة الولادة أو بعدها بيوم أو يومين

الثالث أن لا يتقدم منه إقرار به صريحا أو دلالة كسكوته عند التهنئة مع عدم رده

الرابع أن يكون الولد حيا وقت قطع النسب وهو وقت التفريق فلو نفاه بعد موته لاعن ولم ينقطع نسبه وكذا لو جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما يلاعن ولزماه

وكذا لو نفاهما ثم مات أحدهما أو قتل قبل اللعان لزماه وأما اللعان فذكر الكرخي أنه يلاعن ولم تذكر (((يذكر))) الخلاف

وذكر ابن سماعة الخلاف فقال عند أبي يوسف يبطل وعند محمد لا يبطل

الخامس أن لا تلد بعد التفريق ولدا آخر من بطن واحد فلو ولدت فنفاه ولا عن الحاكم بينهما وفرق بينهما وألزم الولد أمه ثم ولدت آخر من الغد لزماه وبطل قطع نسب الأول ولا يصح نفيه الآن لأنها أجنبية واللعان ماض لأنه لما ثبت الثاني ثبت الأول ضرورة وإن قال الزوج هما ابناي لا حد عليه ولا يكون مكذبا نفسه لاحتمال الإخبار ربما لزمه شرعا

السادس أن لا يكون محكوما بثبوته شرعا فإن كان لا يقطع نسبه

وقد ذكر الإمام محمد في الجامع الكبير خمس مسائل مسألتان في كتاب الشهادات من التلخيص إحداهما في كتاب المعاقل امرأة ولدت ولدا فانقلب هذا الولد على رضيع فمات الرضيع وقضى بديته على عاقلة الأب ثم نفى الأب نسبه يلاعن القاضي بينهما ولا يقطع نسب الولد منه لأن القضاء بالديه على عاقلة الأب قضاء بكون الولد منه فلا ينقطع النسب بعده

الثانية في الزيادات إذا قال لامرأتيه وقد دخل بهما إحداكما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت إحداهما لأكثر من سنتين من وقت الطلاق كانت الولادة بيانا لوقوعه على الأخرى لأن الولد حصل من علوق حادث بعد الطلاق وتعينت التي ولدت للنكاح فإن نفي الولد لاعن القاضي بينهما ولا يقطع النسب لأن حكم الشرع بكون الولد بيانا حكم بكونه منه وبعد الحكم به لا ينقطع باللعان

وثلاث مسائل في كتاب الدعوى الأولى امرأة ولدت وزوجها غائب ففطمت ولدها وطلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة وللولد برهنت (((وبرهنت))) ثم حضر

---

(١) ".

"يزول بها ملك النكاح وتوجب حرمة الاجتماع والتزوج ما داما على حال اللعان فإن أكذب أحدهما نفسه جاز التناكح والاجتماع عند الإمام والثالث

وقال الثاني إنها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة لقوله عليه السلام والمتلاعنان (((المتلاعنان))) لا يجتمعان أبدا ويقتضي قوله أن الفرقة لا تتوقف على القضاء كما أشار إليه في فتح القدير

ولهما أن عويمرا طلق الملاعنة ثلاثا فصار سنة المتلاعنين لأنه يجب عليه أن يطلقها فإن لم يفعل ناب القاضي منابه كما في العنين فكانت الفرقة طلاقا وأما الحديث فلا يمكن العمل بحقيقته لأن حقيقة المتفاعل المتشاغل بالفعل ولما فرغا منه زالت الحقيقة فانصرف المراد إلى الحكم وهو أن يكون حكمه باقيا وبعد الإكذاب لم يبق حكمه لبطلانه فلم يبق حقيقة ولا حكما فجاز اجتماعهما ونظيره قوله تعالى في قصة أصحاب الكهف ﴿ إنهم إن يظهروا عليكم يرجموكم أو يعيدوكم في ملتهم ولن تفلحوا إذا أبدا ﴾ الكهف ٢٠ أي ما داموا في ملتهم ألا ترى أنهم إذا لم يفعلوا أفلحوا كذا هذا كذا في البدائع

وقد بحث المحقق ابن الهمام في فتح القدير بأنه لما لم تمكن الحقيقة وصير إلى المجاز كان له مجازان أحدهما ما ذكرتم من إرادة من بينهما تلاعن قائم حكما

والثاني من وجد بينهما تلاعن في الخارج

وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الإكذاب بينهما إذ ارتفاع حكمه لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج ولكن بقي النظر في أي الاحتمالين أرجح وأظن أن الثاني أسرع إلى الفهم ا هـ

قوله (وكذا إذا قذف غيرها فحد أو زنت فحدت) يعني له أن ينكحها أيضا إذا خرجا أو أحدهما عن أهلية اللعان أطلقه فشمل ما إذا خرسا أو أحدهما وأراد بالزنا الوطء الحرام وإن لم يكن زنا شرعيا كما ذكره الاسبيجابي لزوال عفتها

ولو قال وكذا إن قذف أحدهما فحد لكان أولى لشموله المتلاعنين ولو أسقط قوله فحد لكان أولى لأن بمجرد زناها حلت له سواء حدت بأن وقع اللعان قبل الدخول ثم زنت فجلدت أو لم تحد لزوال العفة

---

(١) البحر الرائق، ٤/١٢٨

وإنما قيدنا بهذه الصورة لأنه لو كان بعد الدخول كان حدها الرجم وهو إهلاك فلا يتصور القول بحلها بعده واستغنى بها عن تغيير الرواية بأنها زنت بالتشديد أي نسبت غيرها للزنا لمخالفته للرواية لأنها بتخفيف النون

وفي فتح القدير واستشكل بأن زوال أهلية الشهادة بطرق (((بطرو))) الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضي عنها في حال قيام العدالة فلا يوجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الأهلية ليبطل أثره من الحرمة اه

قوله (ولا لعان بقذف الأخرس) لفقد الركن منه وهو التلفظ بالشهادات ولهذا لو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز

ولو قال ولا لعان إذا كانا أخرسين أو أحدهما لكان أولى للعلة المذكورة إذا كانت خرساء ولاحتمال تصديقها لو كانت ناطقة

وأشار إلى أنه لا يثبت بالكتابة كما لا يثبت بإشارة الأخرس للشبهة وإلى أنه لو خرس أحدهما بعد اللعان وقبل التفريق فلا تفريق ولا حد كما لو ارتد أو أكذب نفسه قوله (ولا ينفى الحمل) لأنه لا يتيقن بقيامه عند القذف لاحتمال أنه انتفاخ ولو تيقنا بقيامه وقته بأن ولدت لأقل من ستة أشهر صار كأنه قال إن كنت حاملا فحملك ليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وهذا قول الإمام وعندهما يجري اللعان إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر للتيقن بقيامه وجوابه ما مر

وأما الإرث والوصية فيتوقفان على الولادة فيثبتان للولد لا للحمل وأما عتقه فكذلك لقبوله التعليق بالشرط وأما رد المبيعة بعيب الحمل فلأن الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة وكذا النسب يثبت مع الشبهة وأما وجوب النفقة للمطلقة إذا ادعت حملا فلقبول قولها في أمر عدتها والحق أن قول صاحب الهداية إن الأحكام لا تترتب عليه قبلها لا يراد به كل الأحكام وإنما يراد به بعضها كما في العناية

". (١)

"مدخل الذكر كالغدة الغليظة وقد يكون عظما

ويحكى أنه اختصم إلى القاضي شريح في جارية بها قرن فقال أقعدوها فإن أصاب الأرض فهو عيب وإلا فلا

وقال القلعي القرن بفتح الراء بمنزلة العفلة فأوقع المصدر موقع الاسم وهو سائغ كذا في المصباح

والرتق بفتح التاء كما في العناية

وقد كتبنا في القواعد الفقهية في مذهب الحنفية أن القاضي لو قضى برد أحد الزوجين بعيب نقذ (((نفذ))) قضاؤه

وفي القنية من الكراهية جراح اشترى جارية رتقاء فله شق الرتق وإن تألمت اه

---

(١) البحر الرائق، ١٣١/٤

ولم أر حكم شق الرتقاء المنكوحة وقالوا في تعليل عدم ردها لإمكان شقه ولكن ما رأيت هل يشق جبرا أم لا
وفي المعراج لو تراضى العنين وزوجته على النكاح بعد التفريق فله أن يتزوجها إلا رواية عن أحمد حيث قال لا يجتمعان أبدا كفرقة اللعان وهذا باطل لا أصل له والله أعلم بالصواب

باب العدة لما ترتبت في الوجود على الفرقة بجميع أنواعها أوردها عقيب الكل

وهي لغة الإحصاء عددت الشيء أحصيته إحصاء

وفي شرح المجمع للمصنف العدة مصدر عد الشيء يعده

وسئل عليه السلام متى تكون القيامة قال إذا تكاملت العدتان أي عدة أهل الجنة وعدة أهل لنار (((النار))) أي عددهم

وسمي زمان التربص عدة لأنها تعده

ويقال على المعدود

وفي الدر النثير أي إذا تكاملت عند الله برجوعهم إليه

وفي المصباح وعدة المرأة قيل أيام أقرائها مأخوذ من العد والحساب وقيل تربصها المدة الواجبة عليها والجمع عدد مثل سدرة وسدر

وقوله تعالى ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ الطلاق ١ قال النحاة للام (((اللام))) بمعنى في أي في عدتهن اه

وفي الشريعة ما ذكره بقوله (هي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته) أي لزوم انتظار انقضاء مدة والتربص التثبت والانتظار قال الله تعالى ﴿ فتربصوا به حتى حين ﴾ المؤمنون ٥٢ وقال تعالى ﴿ ويتربص بكم الدوائر ﴾ التوبة ٨٩ وقال تعالى ﴿ فتربصوا إنا معكم متربصون ﴾ التوبة ٢٥ كذا في البدائع

وإنما قدرنا اللزوم لأن التربص فعلها وقد قالوا إن ركنها حرمات أي لزومات كحرمة تزوجها على الغير

ونقلوا عن الشافعي أن ركنها التربص عنده وفرعوا على الاختلاف تداخل العدتين فعندنا يتداخلان خلافا له وانقضاؤه بدون علمها عندنا خلافا له وهذا أولى مما في البدائع من جعلها في الشرع عندنا اسما لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح وعند الشافعي اسما لفعل التربص لأنه على هذا التقدير يكون ركنها نفس الأجل وقد صرحوا بخلافه إلا أنه لو صح اندفع الإشكال الوارد على عدة الصغيرة إذ ليس في العدة وجوب شيء بل هي مجرد انقضاء الأجل والثابت في هذه المدة عدم صحة التزوج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم الصحة لو فعل

ويرد على ما في الكتاب عدة الصغيرة إذ لا لزوم في حقها ولا تربص واجب وأجيب بأنها اليست (((ليست))) هي الخاطبة (((المخاطبة))) بل الولي هو المخاطب بأن لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة ولهذا لم يطلق أكثر المشايخ لفظ الوجوب على عدة الصغيرة لعدم خطابها وإنما يقولون تعتد

وقيد بقوله يلزم المرأة لأن ما يلزم الرجل من التربص عن التزوج إلى مضي عدة امرأته في نكاح أختها ونحوه لا يسمى عدة اصطلاحا لاختصاصه بتربصها وإن وجد معنى العدة فيه ويجوز إطلاق العدة عليه شرعا كما أفهمه ما في فتح القدير

فعلى هذا ما في الكتاب معناها الاصطلاحي

وأما في الشريعة فهي تربص يلزم المرأة والرجل عند وجود سببه

وقد ضبط الفقيه أبو الليث رحمه الله في خزانة الفقه المواضع التي يمتنع الإنسان من الوطء فيها حتى تمضي مدة في عشرين موضعا نكاح أخت امرأته وعمتها وخالتها وبنت أختها وبنت أخيها

". (١)

"وفي الولوالجية من الطلاق نية تخصيص العام لا تصح

وعند الخصاف تصح حتى إن من حلف وقال كل امرأة أتزوجها فهي طالق ثم قال نويت به من بلدة كذا لا تصح نيته في ظاهر المذهب

وقال الخصاف تصح

وكذا من غصب دراهم إنسان ووقت ما حلفه الخصم عاما نوى خاصا لا تصح نيته من ظاهر المذهب

وقال الخصاف تصح لكن هذا في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى نية تخصيص العام صحيحة بالإجماع مذكور في الكتب من مواضع منها الباب الخامس من أيمان الجامع الكبير وما قاله الخصاف مخلص لمن حلفه ظالم والفتوى على ظاهر المذهب فمتى وقت (((وقع))) في يد الظلمة وأخذ بقول الخصاف لا بأس به ا ه

قوله (لا يشرب من دجلة على الكرع بخلاف ماء دجلة) يعني لو حلف فلا يحنث لو يشرب من دجلة فيمينه على الكرع وهو تناول الماء بالفم من موضعه نهرا أو إناء كما في المغرب فلا يحنث لو شرب بإناء أو بيده بخلاف ما لو حلف لا يشرب من ماء دجلة فإنه يحنث بالشرب من إناء أو غيره لأنه بعد الاغتراف بقي منسوبا إليه وهو الشرط

وقالا هما سواء فيحنث بالشرب من إناء لأنه المتعارف المفهوم وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفا والتقييد بدجلة اتفاقي لأن الفرات والنيل كذلك بل وكل نهر

وقيد بالنهر لأنه لو حلف لا يشرب من هذا البئر أو من هذا الجب فإنه يحنث بشربه بالإناء اجماعا لأنه لا يمكن فيه الكرع فتعين المجاز وإن كان يمكن الكرع فعلى الخلاف ولو تكلف وشرب بالكرع فيما لا يمكن الكرع لا يحنث لأن الحقيقة والمجاز **لا يجتمعان**

---

(١) البحر الرائق، ٤/١٣٨

وأشار المصنف إلى أنه لو شرب من نهر يأخذ من دجلة لا يحنث في المسألة الأولى لعدم الكرع في دجلة لحدوث النسبة إلى غيره ويحنث في الثانية لأن يمينه انعقدت على شرب ماء منسوب إليها وهي لم تنقطع بمثله ونظيره ما إذا حلف لا يشرب من ماء هذا الجب فحول إلى جب آخر فشرب منه حنث

وفي البدائع لو حلف لا يشرب من ماء دجلة فهذا وقوله لا أشرب من دجلة سواء لأنه ذكر الشرب من النهر فكان على الاختلاف

ولو حلف لا يشرب من نهر يجري ذلك النهر إلى دجلة فأخذ من دجلة من ذلك الماء فشربه لم يحنث لأنه قد صار من ماء دجلة لزوال الإضافة إلى النهر الأول بحصوله في دجلة

ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فمدت الدجلة من المطر فشرب لم يحنث لأنه إذا حصل في الدجلة انقطعت الإضافة إلى المطر فإن شرب من ماء واد سال من المطر لم يكن فيه ماء قبل ذلك أو جاء من ماء مطر مستنقع حنث لأنه لما لم يضف إلى نهر بقيت الإضافة إلى المطر كما كانت ا ه

وفي الظهيرية لو حلف لا يشرب من الفرات لم يحنث ما لم يكرع عند أبي حنيفة وهي معروفة غير أنا ذكرناها لفائدة وهي أن تفسير الكرع عند أبي حنيفة أن يخوض الإنسان في الماء ويتناول الماء بفمه من موضعه ولا يكون الكرع إلا بعد الخوض في الماء فإنه من الكراع وهو من الإنسان ما دون الركبة ومن الدواب ما دون الكعب كذا قال الشيخ الإمام نجم الدين النسفي ا ه

وفي المحيط لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فحقيقته أن يشرب منه كرعا حتى لو صب على كفه وشرب لا يحنث ولو نوى بقوله لا أشرب من الفرات ماء الفرات قيل تصح نيته لأنه نوى ما يحتمله لفظه

." (١)

"متعدية والإقرار قاصر وللإقرار شرطان أحدهما أن يكون صريحا فلو أقر الأخرس بالزنا بكتابة أو إشارة لا يحد للشبهة لعدم الصراحة وكذا الشهادة على الأخرس لا تقبل لاحتمال أنه يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى في حال إفاقته بخلاف الأعمى فإنه يصح إقراره والشهادة عليه وكذا الخصي والعنين

وعلى هذا فيزاد في تعريف الزنا الموجب للحد بعد قوله مكلف ناطق لما علمت أن الأخرس لا حد عليه لا بإقراره ولا ببينة

الثاني أن لا يظهر كذبه في إقراره فلو أقر فظهر مجبوبا أو أقرت فظهرت رتقاء وذلك بأن تخبر النساء بأنها رتقاء قبل الحد وذلك لأن إخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندريء الحد

ولو أقر أنه زنى بخرساء أو هي أقرت بأخرس لا حد على واحد منهما كذا في فتح القدير

---

(١) البحر الرائق، ٣٥٦/٤

ولا بد أن يكون إقراره في حالة الصحو لما في المحيط السكران إذا سرق أو زنى في حال سكره يحد ولو أقر بالزنا أو بالسرقة لا يحد لأن الإنشاء لا يحتمل الكذب والإقرار يحتمل الكذب فاعتبر هذا الاحتمال في حال سكره في الإقرار بالحد لا غير اه

ولا بد من أن لا يكذبه الآخر فإن أقر الرجل بالزنا بفلانة فكذبته دريء (((درئ))) الحد عن الرجل سواء قالت إنه تزوجني أو لا أعرفه أصلا ويقضي بالمهر عليه إن ادعته المرأة وإن أقرت المرأة بالزنا بفلان وكذبها الرجل فلا حد عليها أيضا عند الإمام خلافا لهما في المسألتين كذا في الظهيرية

وفي المحيط أصله أن الحد متى لم يجب على المرأة أصلا أو تعذر استيفاؤه عليها لا يجب على الرجل بالإجماع ومتى لم يجب على الرجل أصلا لم يجب على المرأة بالإجماع وإن انعقد فعله موجبا للحد لكن بطل الحد عنه لمعنى عارض لا يمنع الوجوب على المرأة عنده خلافا لهما اه

ولم يشترط المصنف بلوغ المقر وعقله كما في الهداية لأنهما شرط (((شرطا))) الكل (((لكل))) تكليف وليس من شرطه الحرية فصح إقرار العبد بالزنا أو بغيره مما يوجب الحد وإن كان مولاه غائبا وكذا القطع والقصاص وفرق أبو حنيفة ومحمد بين حجة البينة وحجة الإقرار

ولو قال العبد بعد ما أعتق زنيت وأنا عبد لزمه حد العبيد كذا في الظهيرية

وإنما شرطنا تكرار الإقرار أربعا لحديث ما عز أنه عليه السلام أخر إقامة الحد عليه إلى أن تم إقراره أربع مرات في أربع مجالس فلهذا قلنا لا بد من اختلاف المجالس لأن لاتحاده أثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد فيه والعبرة لمجلس المقر لأنه قائم به دون مجلس القاضي

وفسر محمد المجالس المتفرقة أن يذهب المقر بحيث يتوارى عن بصر القاضي وينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار ويظهر له الكراهية من ذلك ويأمر بإبعاده عن مجلسه في كل مرة لأنه عليه السلام فعل كذلك

وفي الظهيرية ولو أقر كل يوم مرة أو كل شهر مرة فإنه يحد اه

وأشار المصنف باقتصاره على البينة والإقرار إلى أن الزنا لا يثبت بعلم القاضي وكذلك سائر الحدود الخالصة كذا في الذخيرة

وإلى أن الإقرار والشهادة **لا يجتمعان** فلذا قال في الظهيرية والذخيرة أربعة فسقة شهدوا على رجل بالزنا وأقر هو مرة واحدة لا يحد

ولو كان الشهود عدولا

ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يحد وذكر غيره من المشايخ أن على قول محمد يحد وعلى قول أبي يوسف لا يحد اه

قوله (وسأله كما مر فإن بينه حد) أي سأل الحاكم المقر عن الأشياء الخمسة المتقدمة للاحتمالات المذكورة فإن بين المسؤول (((المسئول))) عنه

(١) ".

"لأن القطع والضمان **لا يجتمعان** وعلى طريقة عدم وقوعه حدا فهو ضامن في العمد والخطأ

قوله (وطلب المسروق منه شرط القطع) أي وطلبه المال فلا قطع بدونه لأن الخصومة شرط لظهورها

أطلقه فشمل ما إذا أقر أو أقيمت عليه البينة لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره عند الأداء والقطع لتنتفي تلك الشبهة

وبما ذكرناه (((ذكرنا))) ظهر أن ما في التبيين معزيا إلى البدائع من أنه إذا أقر أنه سرق من فلان الغائب قطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه فإنما هو رواية عن أبي يوسف وليست هذه عبارة البدائع فإن عبارته قال أبو حنيفة ومحمد الدعوى في الإقرار شرط حتى لو أقر السارق أنه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر المسروق منه ويخاصم عندهما

وقال أبو يوسف الدعوى في الإقرار ليست بشرط إلى آخره

وفي البدائع أيضا قال محمد لو قال سرقت هذه الدراهم ولا أدري لمن هي أو قال سرقتها ولا أخبرك من صاحبها لا يقطع لأن جهالة المسروقة (((المسروق))) منه فوق غيبته ثم الغيبة لما منعت القطع على أصله فالجهالة أولى اه

ولم يعين يعني المصنف مطلوب المسروق منه فاحتمل شيئين أحدهما طلب المال وبه جزم الشارح

ثانيهما طلب القطع

وأشار الشمني إلى أنه لا بد من الطلبين وأن أحدهما لا يكفي لكن ذكر في الكشف الكبير قبيل بحث الأمر أن وجوب القطع حق الله تعالى على الخلوص ولهذا لم يتقيد بالمثل وما يجب حقا للعبد يتقيد به مالا كان أو عقوبة كالغصب والقصاص ولهذا لا يملك المسروق منه الخصومة بدعوى الحد وإثباته ولا يملك العفو بعد الوجوب ولا يورث عنه اه

فقد صرح بأنه لا يملك طلب القطع إلا أن يقال إنه لا يملك طلب القطع مجردا عن طلب المال

والظاهر أن الشرط إنما هو طلب المال ويشترط حضرته عند القطع لا طلبه القطع إذ هو حق الله تعالى فلا يتوقف على طلب العبد قوله (ولو مودعا أو غاصبا أو صاحب الربا) أي ولو كان المسروق منه والأصل فيه أن كل من كان له يد صحيحة يملك الخصومة ومن لا فلا فللمالك أن يخاصم السارق إذا سرق منه وكذا المودع بفتح الدال والمستعير والمضارب والمبضع والغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن ومتولي المسجد والأب والوصي فتعتبر خصومتهم في ثبوت ولاية الاسترداد وفي حق القطع

وأراد بصاحب الربا أن يبيع عشرة بعشرين وقبض العشرين فسرق منه العشرون فيقطع السارق بخصومته عندنا لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب إذ الشراء فاسد بمنزلته وأما العاقد الآخر من عاقدي الربا فإنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة ذكره الشمني

(١) البحر الرائق، ٥/٧

وفي فتاوي قاضيخان من اللقطة رجل التقط لقطة فضاعت منه فوجدها في يد غيره فلا خصومة بينه وبين ذلك الرجل بخلاف الوديعة فإن في الوديعة يكون للمودع (((المودع))) أن يأخذها من الثاني لأن في اللقطة الثاني كالأول في ولاية أخذ اللقطة وليس الثاني كالأول في ولاية إثبات اليد على الوديعة اه

فينبغي أن لا يقطع بطلب الملتقط كما لا يخفى قوله (ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم) أي من هؤلاء الثلاثة لأن الخصومة إنما شرطت ليعلم أن

". (١)

"إنسان من الزراعة لا يجب عليه الخراج لعدم التمكن

وقيد بالخراج الموظف لأن كلامه فيه لأنه لو كان خراج مقاسمة فلا شيء عليه بالتعطيل كذا في السراج الوهاج

وأشار بنسبة التعطيل إليه إلى أنه كان متمكنا من الزراعة ولم يزرع فلو عجز المالك عن الزراعة لعدم قوته وأسبابه فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي للمالك وإن شاء أجرها وأخذ الخراج من الأجرة وإن شاء زرعها بنفقة من بيت المال فإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج وهذا بلا خلاف

وعن أبي يوسف يدفع للعاجز كفايته من بيت المال فيعمل فيها قرضا

وفي جمع الشهيد باع أرضا خراجية فإن بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه وإلا فعلى البائع كذا في البناية

وقد قدمناه أن أرض مصر الآن ليست خراجية إنما هي بالأجرة فلا شيء على الفلاح لو عطلها ولم يكن مستأجرا لها ولا جبر عليه بسببها

وبه علم أن بعض المزارعين إذا ترك الزراعة وسكن في مصر فلا شيء عليه فما يفعله الظلمة من الإضرار به فحرام خصوصا إذا أراد الاشتغال بالقرآن والعلم كمجاوري الجامع الأزهر

وأما الثاني وهو أن من أسلم من أهل الخراج فإن يؤخذ منه الخراج على حاله لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فأمكن إبقاؤه على المسلم

وأما الثالث وهو ما إذا اشترى مسلم من ذمي أرض خراج فلما قلنا وقد صح أن الصحابة رضي الله عنهم اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهية قوله (ولا عشر في خارج أرض الخراج) لقوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم كما رواه أبو حنيفة في مسنده

ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى بإجماعهم حجة ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر يجب في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان **لا يجتمعان** في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الأرض

---

(١) البحر الرائق، ٦٨/٥

النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان إلى الأرض وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما والحد والعقر والجلد والنفي والرجم وزكاة التجارة وصدقة الفطر والقطع والضمان كذا في السراج الوهاج

وكذا التيمم مع الوضوء وكذا الحبل مع الحيض والحيض مع النفاس

فروع لا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة إذا كان موظفا وإن كان خراج مقاسمة تكرر لتعلقه بالخارج حقيقة كالعشر ولو وهب السلطان لإنسان خراج أرضه ليس له أن يقبل وإن

". (١)

"لا تجوز له الصلاة فيه لأن الأول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحري في الآخر قوله (ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف الذكورة والأنوثة والغصب) وهذا عند أبي حنيفة

وقالا لا قطع في الوجهين

وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض

وقيل في جميع الألوان

لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لأن أمر الحد أهم وصار كالذكورة والأنوثة

وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار غالبا على قرب منه والذكورية والأنوثة **لا يجتمعان** في واحد وكذا في الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه

أطلق في اللون فشمل جميع الألوان وهو الصحيح كذا في الكافي وقدمنا الاختلاف فيه

وفي القنية خلاف غير ما قدمناه عن أبي جعفر أن هذا الخلاف فيما إذا اختلفا في صفتين متضادتين كالسواد والبياض فأما في المتقاربتين كما إذا شهد أحدهما على الصفرة والآخر على الحمرة فإنه تقبل لأن الصفرة المشبعة تضرب إلى الحمرة والحمرة إذا رقت تضرب إلى الصفرة وكثير من العوام لا يميزون بينهما وكذا إذا شهد أحدهما أنها غبراء والآخر أنها بيضاء تقبل بلا خلاف

وعلى هذا الاختلاف بين الإمام وصاحبيه لو اختلفا في ثوب بأن قال أحدهما هروي وقال الآخر مروي

وقيد الاختلاف بما ذكر احترازا عما إذا اختلفا في الزمان أو المكان فإنها لا تقبل لأنها من قبيل الأفعال

وأشار بقوله شهدا بسرقة بقرة إلى أن المدعي ادعى بقرة مطلقة من غير تقييد بوصف وأما إذا ادعى سرقة بقرة سوداء أو بيضاء لم تقبل إجماعا لأن المدعي كذب أحدهما

---

(١) البحر الرائق، ٥/١١٨

قوله (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة بطلت الشهادة) لأنهما لم يتفقا على عقد واحد والشراء بألف غير الشراء بألف وخمسمائة والمقصود إثبات العقد فإذا اختلف المشهود به تعذر الحكم لقصور الحجة عن كمال العدد

أطلقه فشمل ما إذا كان المدعي يدعي أقل المالين أو أكثرهما وأشار إلى أن المدعي لو كان هو البائع واختلف شاهداه لم تقبل أيضا لما ذكرنا

وذكر علاء الدين السمرقندي أن الشهادة تقبل في مسألة الكتاب لأن التوفيق ممكن لأن الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يشتريه بألف ثم يزيده عليه خمسمائة فقد اتفقا على شراء واحد ا هـ

وهو عجيب منه فإن المسألة نص محمد في الجامع الصغير

وقد أجاب في العناية عن دليله بأنه إذا اشترى بألف ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بألف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن ا هـ

ولم يزد في المعراج على قوله وفيه نوع تأمل ونقله عنه في فتح القدير ولم يبينه ثم رأيت الجامع الصغير فإذا هو لم يذكر إلا مسألة البيع وكلام السمرقندي فيما قيس عليها وهو الشراء فلذا قال بالقبول فيه بخلاف ما إذا اختلفا في جنس الثمن كألف درهم ومائة دينار فإنها لا تقبل اتفاقا

وأشار المؤلف رحمه الله إلى أنهما لو شهدا بالشراء ولم يبينا الثمن لم تقبل لما في البزازية ادعى محدودا بسبب الشراء من فلان ودفع الثمن إليه وقبض المدعي بالرضا فشهدا بأنه ملكه بالشراء منه لا تقبل الشهادة لأنه دعوى الملك بسبب والقاضي أيضا لا بد أن يقضي بذلك السبب ولم يذكروا الثمن ولا قدره ولا وصفه والحكم بالشراء بثمن مجهول لا يصح قيل المدعي ذكر التقابض وشهدا

". (١)

"كانوا معلومين ليكون الأجر مقابلا بجملتهم وإن كانوا غير معلومين يجب الأجر كله إليه أشار في الهداية والله أعلم

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها قوله (صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها) لأن العمل المتعارف فيه السكنى فينصرف إليه وأنه لا يتفاوت فصح العقد والحوانيت الدكاكين كذا في الجوهرة

وأشار إلى أنه لا يشترط أيضا بيان من يسكنها فله أن يسكنها بنفسه ويسكنها غيره بإجارة وغيرها وكذا من استأجر عبدا للخدمة له أن يؤجره لغيره بخلاف الدابة والثوب كذا في القنية

(١) البحر الرائق، ١١٦/٧

وقيد بالدور والحوانيت لأن الثوب لا بد من بيان لابسه وكذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل فله الوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب المعتاد والاستنجاء بحائطه والدق المعتاد اليسير وأن يتد وتدا وربط الدواب في موضع معتاد له لا إن لم يكن معتادا وله ربطها على باب الدار وليس للآجر أن يدخل دابته الدار المستأجرة كذا في الخلاصة

وفي القنية لمستأجر الدار المسبلة القاء ما اجتمع من كنس الدار من التراب إن لم يكن له قيمة وله أن يتد فيه وتدا ويستنجي بجداره ويتخذ فيه بالوعة إلا إذا كان فيه ضرر بين ولو استأجر حانوتا مسبلا لدق الأرز له ذلك إن لم يضر بالبناء وليس لمستأجر الدار المسبلة أن يجعلها اصطبلا اه

وفي الخلاصة ولو كان فيها ماء توضأ منها وشرب ولو فسدت البئر لا يجبر أحدهما على اصلاحها ولو بنى المستأجر التنور في الدار المستأجرة فاحترق شيء من الدار لم يضمن المستأجر قوله (إلا أنه لا يسكن حدادا أو قصارا أو طحانا) فيه وجهان الأول أن يكون بفتح الياء من الثلاثي المجرد فيكون انتصاب حدادا وما بعده على الحال ويفهم منه عدم إسكانه غيره دلالة بالأولى

الثاني أن يكون بضم الياء وكسر الكاف وإنتصاب ما بعده على المفعولية ويفهم منه عدم سكناه بنفسه بالإشارة لأنه إنما لم يجز أن يسكن غيره لأن ذلك يوهن البناء وفي سكنى نفسه ملتبسا بهذه الأشياء هذا المعنى حاصل كذا في غاية البيان

وهذا إذا لم يرض به المالك أو لم يشترطه في الإجارة فإن استأجره لذلك كان له ذلك ولو اختلفا في الاشتراط فالقول للمؤجر كما لو أنكر أصل العقد وإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر كذا في الخلاصة

وفي القنية استأجر حانوتا مسبلا لدق الأرز له ذلك إن لم يضر بالبناء اه

وفي الخلاصة وإذا استأجر ليقعد قصارا فله أن يقعد حدادا إذا كان مضرتهما واحدة

والمراد من الرحى غير رحى اليد أما رحى اليد فلا يمنع من الطحن عليها وإن كان يضر وعليه الفتوى كذا في الخلاصة

ولو فعل ما لا يجوز له وجب عليه الأجر وإن انهدم البناء بعمله وجب عليه الضمان ولا أجر لما علم أنهما لا يجتمعان

قيد بالدور والحوانيت لأن استئجار البناء وحده لا يجوز في ظاهر الرواية لأنه لا ينتفع بالبناء وحده

وفي القنية يفتى برواية جواز استئجار البناء إذا كان منتفعا به كالجدران مع السقف اه

وفي الجوهرة المستأجر إذا أجر بأكثر مما استأجر تصدق بالفضل إلا إذا أصلح فيها شيئا أو أجرها بخلاف جنس ما استأجر والكنس ليس بإصلاح

وفي الجوهرة وإن أجرها من المؤجر لم يجز سواء كان قبل القبض أو بعده وهل هو نقض للعقد الأول فيه اختلاف المشايخ والأصح أن العقد ينفسخ

قوله (والأراضي للزراعة أن بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ما شاء) أي صح ذلك للإجماع العملي عليه ولا بد من البيان لأنها تستأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة وترتفع بتفويض الخيرة إليه أيضا وإلا فهي فاسدة للجهالة وتنقلب صحيحة بزرعها ويجب المسمى لارتفاعها كاستئجار ثوب لم يبين لابسه إذا ألبس شخصا انقلبت صحيحة وكذا الدابة والقدر للطبخ وللمستأجر الشرب والطريق لأنها تنعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان تبعا بخلاف البيع لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى جاز بيع الجحش والأرض السبخة دون إجارتها إلا بذكر الحقوق والمرافق كما عرف في البيوع

وفي القنية استأجر أرضا سنة على أن يزرع

". (١)

"وتقيده وذكر أيضا من الأفعال ما يعد خلافا من الأجير للمؤجر وما لا يعد خلافا

قال رحمه الله (صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها) والقياس أن لا تجوز هذه الإجارة حتى يبين ما يعمل فيها لأن الدار تصلح للسكنى ولغيرها وكذا الحوانيت تصلح لأشياء مختلفة فينبغي أن لا تجوز حتى يبين ما يعمل فيها كاستئجار الأرض للزراعة والثياب للبس

وجه الاستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى والمتعارف كالمشروط ولأن إجارتها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز إجارتها مطلقا بخلاف الأراضي والثياب لأنهما يختلفان وعبارة المؤلف أحسن من عبارة صاحب الهداية حيث زاد للسكنى لسلامته عما أورد على هذا اللفظ

قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لأنه لو نص على هذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى اه

كلامه

قال صاحب غاية البيان ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والجوانيت (((والحوانيت))) للسكنى وله أن يعمل فيها كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري اه

وقول تاج الشريعة لو نص على السكنى ليس له أن يعمل غيرها كما سيأتي ليس بظاهر لأنه لو عمل غيرها بما هو أنفع من المسكنى (((السكنى))) بأن خزن فيها برا أو غيره يجوز لأن التقييد فيما لا يتفاوت لا يعتبر ولو استحق المستأجر من يد المستأجر وقد هلك عنده وضمنه يرجع على الذي أجره ولا أجر عليه فيما استعلمه (((استعمله))) لأن الأجرة والضمان **لا يجتمعان**

---

(١) البحر الرائق، ٣٠٤/٧

قال رحمه الله (وله أن يعمل فيها كل شيء) لما ذكرنا من أنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز له أن يعمل فيها ما شاء عند الإطلاق وله أن يسكن غيره معه أو ينفرد ولأن كثرة السكان لا يضر بها بل يزيد في عمارتها لأن خراب المسكن بترك السكان وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب لأن ذلك كله من توابع السكنى

وذكر في النهاية أنه لا يدخل الحيوان في عرفنا لأن المنازل ضيقة اه

ويربطها على الباب فإن أجره صحن الدار ربطها في الصحن

وليس للمؤجر أن يدخل دابته الدار بعدما أجرها ولو كان فيها بئر أو بالوعة فسدت لا يجبر على إصلاحها ولو يني (((بنى))) المستأجر التنور في الدار المستأجرة فاحترق شيء من الدار لم يضمن كذا في الخلاصة

وفي المحيط وله أن يربط الدابة إن كان في الدار سعة أما إن كانت ضيقة فلا ولو استأجر دارا على أن يسكنها وحده فله أن يترك امرأته معه لأنه شرط لا فائدة فيه اه

وفي الخلاصة وإذا ربط الدابة فضربت إنسانا أو هدمت الحائط لم يضمن اه

قال رحمه الله (إلا أنه لا يسكن حدادا أو قصارا أو طحانا) لأن في نصب الرحى واستعمالها في هذه الأشياء ضرارا (((ضررا))) ظاهرا لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد وراءها دلالة

والمراد بالرحى رحى الماء والثور وأما رحى اليد فلا يمنع منها لأنها لا تضر بالبناء

وفي الحدادي رحى اليد إذا بنيت في الحائط يمنع منها وله أن يكسر فيها الحطب الكسر المعتاد وله أن يطبخ فيها الطبخ المعتاد وإن زاد على العادة بحيث يوهن البناء فليس له ذلك إلا برضا صاحب الدار وينبغي أن يكون الدق على هذا التفصيل فظهر أن الحاصل كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها إلا بإذن وكل ما لا ضرر فيه جاز بمطلق العقد واستحقه به

ولم يتعرض المؤلف لبيان ما يجب عليه إذا فعل ذلك ونحن نبينه فلو أقعد حدادا فهدم البناء بعمله وجب الضمان لأنه متعدي ولا أجر لأن الضمان والأجر لا يجتمعان ولو لم ينهدم وجب عليه الأجر استحسانا والقياس أن لا يجب لأن هذا العمل غير داخل تحت العقد

ووجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة وأخواتها السكنى وزيادة فيصير مستوفيا للمعقود عليه فيجب عليه الأجر بشرط السلامة فصار نظير ما لو استأجر دابة ليحمل عليها قدرا معلوما فزاد عليها وسلمت الدابة فإنه يجب عليه الأجر

ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك كان القول للمؤجر لأنه أنكر الإجارة ولو أقاما البينة كانت بينة المستأجر أولى

وفي الخلاصة ولو استأجر ليقعد قصارا فله أن يقعد حدادا إن كان ضررهما واحدا

وفي المحيط أو كان ضرر الحداد أقل وإن كان أكثر فليس له ذلك وكذلك الرحى اه

قيد بالدور لأن استئجار البناء وحده لا يجوز في ظاهر الرواية لأنه لا ينتفع به وحده

." (١)

"اعلم أن استئجار الدابة والثوب على ثلاثة أضرب الأول أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب أو للبس ولم يزد عليه

والثاني أن يزيد في قوله على أن أركب من أشاء وألبس من أشاء

والثالث أن يقول على أن أركب أنا أو فلان أو ألبس أنا أو فلان

ففي الوجه الأول يفسد العقد لأن الركوب واللبس مختلفان اختلافا فاحشا فإن أركب شخصا ومضت المدة تنقلب صحيحة ويجب المسمى استحسانا لأنه ارتفع الموجب للفساد وهو الجهالة ولا ضمان عليه إن هلكت لأنه غير متعد (((متعدد)))

وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من يركب سواء كان المستأجر أو غيره لأنه تعين من الأصل فصار كأنه نص عليه ابتداء

وفي الثالث ليس له أن يتعداه لأن التعيين مفيد فإذا تعدى صار ضامنا وحكم الحمل حكم الركوب في جميع ما ذكرنا

وفي قاضيخان استأجرت المرأة درعا لتلبسه ثلاثة أيام إن كان الثوب بدله كان لها أن تلبسه في الأيام والليالي وإن كانت صيانة تلبسه في النهار وفي أول الليل وآخره وليس لها أن تلبسه كل الليل فإن لبسته كل الليل وباتت فيه حتى جاء النهار برئت من الضمان إن لم يتخرق اه

وفي البقالي استؤجر (((استأجر))) دابة ليحمل عليها فحمل عليها رجلا لا يضمن ولو استأجر دابة ليطحن عليها وما بين مقدار ما يعمل به فإنه يجوز وله أن يعمل عليها مقدار ما تحمل

وفي المحيط ينعقد فاسدا فإذا عمل عليها مقدار ما يحمل يعود جائزا ويجب المسمى استحسانا فظهر أن المشيئة في قوله ما شاء مقيدة بقدر حملها

وفي المحيط استأجر ثوبا ليلبسه ليذهب إلى مكان كذا فلم يذهب إلى ذلك الموضع ولبسه في غير ذلك الموضع يكون مخالفا ولا أجر عليه

وقال الفقيه أبو الليث عندي أنه غير مخالف ويجب الأجر الأن هذا خلاف إلى خير وليس هذا كمن استأجر دابة ليذهب إلى موضع كذا فركبها في المصر في حوائجه فهو مخالف لأن الدابة لا يجوز إيجارها إلا إذا بين المكان وفي الثوب لا يحتاج إلى بيان المكان اه

---

(١) البحر الرائق، ١١/٨

وفي الخلاصة وإذا تكارى قوم مشاة ابلا على أن المكاري يحمل عليها من مرض منهم أو من أغمى عليه منهم فهذا فاسد

قال رحمه الله (وإن قيد براكب ولابس فخالف ضمن) يعني إذا عطبت لأن التقييد مقيد فتعين فإذا خالف صار ضامنا بالتعدي لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس ولا أجر عليه لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان** وكذا الأجرة عليه إن سلم بخلاف ما إذا استأجر حانوتا وأقعد فيه قصارا أو حدادا حيث يجب الأجر لأنه لما سلم تبين أنه لم يخالف كذا في غاية البيان

واستفيد من كلامه أنه إذا قيد ليس له الإجارة والإعارة كما إذا عمم وليس له الإيداع في الأول ولا ضرورة دون الثاني كذا في فصول العمادي

كما إذا عمي الحمار في الطريق

قال رحمه الله (ومثله ما يختلف بالمستعمل) يعني يضمن مثله في كل شيء يختلف باختلاف المستعمل إذا كان مقيدا وخالف لما ذكرنا من المعنى

قال رحمه الله (وفيما لا يختلف بطل تقييده كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره) يعني فيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور للسكنى لا يعتبر تقييده حتى إذا شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره لأن التقييد لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحداد والقصار والطحان خارج كما مر

والفسطاط كالدار عند محمد وعند أبي يوسف مثل اللبس لاختلاف الناس في نصبه وضرب أوتاده واختيار مكانه

قال رحمه الله (وإن سمى نوعا وقدرا ككرير (((ككر))) له حمل مثله وأخف لا أضر كالملح) يعنى لو سمى النوع والقدر فله أن يحمل على الدابة ما هو مثله وأخف كما لو استأجر ليحمل هذه الحنطة وهي قدر معلوم فحمل مثل قدرها وما هو أخف منه كالشعير والسمسم وليس له أن يحمل عليها ما هو أضر منه كالملح لأن الرضا بالشيء يكون رضا بما هو مثله أو دونه عادة لا بما هو أضر منه لأنه لا فائدة في إجازة كر حنطة ومنع كر شعير بل الشعير أخف منه فكان أولى بالجواز حتى لو سمى قدرا من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثله وزنا ضمن لأن الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر ما تأخذ الحنطة فصار كما لو حمل عليها قربة ماء أو حطب كذا في النهاية

وقال شيخ الإسلام في شرحه لا يضمن استحسانا

وقال وهو الأصح لأن ضرر الشعير عند استوائهما في الوزن أخف من ضرر الحنطة لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة فكان أخف عليها بالانبساط وبه كان يفتي الصدر الشهيد ولو حمل عليها مثل وزنة حديدا أو ملحا يضمن لأنه يجتمع في مكان واحد من ظهر الدابة فيضر بها أكثر وكذا لا يضمن إذا حمل عليها مثل وزنها قطنا لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر وفيه حرارة

". (١)

"يجب الأجر وبين ما إذا استأجر دابة لركوب معين

فإن ركب غيره وسلمت حيث لا أجر عليه كما في الخلاصة والحدادي والفتاوي العتابية قلت الفرق أنه هنا وافق من وجه لأن المقصود وصول المتاع إلى ذلك المكان وهناك لم يحصل المقصود لأن المقصود ركوب المعين ولم يحصل ولا يخفي أن قوله وتفاوتا ليس بقيد احترازي لأنه لو ذهب إلى مكان غير ما عينه يضمن ولو كان أقرب

قال في الينابيع استأجر دابة إلى موضع كذا فركبها إلى مكان أقرب منه فعطبت ضمن قيمتها اه

زاد في المحيط في باب الراعي ولو سلم فلا أجر له لأن رب طريق يفسد الدابة السير فيها يوما لصعوبتها وطريق لا يفسد الدابة السير فيها شهرا لسهولتها فاختلف جنس المنفعة فاستوفى جنس آخر فلا يجب الأجر

فهذه رواية تخالف ما تقدم

وفي الخلاصة ولو نزل وتهيأ له الارتحال فلم يرتحل حتى أفسد المطر المتاع يضمن إلا إذا كان المطر عاما

وفي الخلاصة إذا أفسد المطر المتاع على ظهر الدابة أو سرق لا يضمن

قال رحمه الله (وحمله في البحر الكل وإن بلغ فله الأجر) يعني لو عين عليه أن يحمله في البر فحمله في البحر إن هلك القماش ضمن وإن سلم فله الأجر

وفي الخلاصة ولو كان البحر يسلكه الناس ولهذا أطلقه المؤلف قال الأتقاني السماع بلغ بالتشديد وقوله الكل عائد إلى المسائل التي تقدمت كلها من قوله وبالضرب اه

قال رحمه الله (وبزرع رطبة وإذن بالبر ما نقص) يعني إذا قيد عليه بأن يزرع حنطة فزرع رطبة يجب عليه ضمان نقصان الأرض لأن الرطبة أكثر ضررا من الحنطة لانتشاب عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شر لاختلاف الجنس فيجب عليه النقصان بخلاف ما إذا استأجر دابة للركوب أو الحمل فأردف غيره أو زاد حيث يجب عليه من الضمان بحسابه لأنه تلف بما هو مأذون فيه وبما هو غير مأذون فيه

قال رحمه الله (ولا أجر) يعني ولا يجب الأجر لأنه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب فلا تجب الأجرة لأن الضمان والأجرة **لا يجتمعان** وإن زرع فيها ما هو أقل ضررا من الحنطة لا يجب الضمان وتجب الأجرة لأنه خلاف إلى خير فلا يصير به غاصبا

وأقول ينبغي أن يرجع قوله ولا أجر لجميع المسائل التي قيد فيها والتقييد مقيد إذا خالف

قال رحمه الله (وبخياطة قباء وأمر بقميص فله قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجرة مثله) يعني إذا أمره أن يخيط ثوبه قميصا فخاطه قباء فرب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه وإن شاء أخذه ودفع له أجرة مثله أي مثل القباء

القباء القرطف الذي يلبسه الأتراك مكان القميص وهو ذو طاق واحد

قال ظهير الدين القميص إذا قد من قبل كان قباء طاق إذا خيط جانباه كان قميصا

---

(١) البحر الرائق، ١٤/٨

قيد بالقباء لأنه لو خاطه غير قباء لا يثبت له خيار بل يضمنه القيمة حتما وقيل له الخيار في الكل

ووجه ما ذكر أنه قميص من وجه لأنه يمكنه سده والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث القطع فيخير كما ذكرنا

وإذا أخذ القباء يدفع أجرة مثله لا يتجاوز به المسمى ولو خاطه قميصا مخالفا لما وصفه له يخير فإذا أخذه فله أجر مثله لا يتجاوز به المسمى ولو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والهيئة وقيل يخير وهو الأصح لوجود الاتحاد في أصل المنفعة وهو الستر فصار كما لو دفع لرجل نحاسا وأمره أن يضرب له شيئا من الأواني فضربه له بخلافه فإنه يخير

وفي التتارخانية إذا أمر إنسانا أن ينقش اسمه في خاتمه فغلط فنقش اسم غيره ضمن الخاتم

وفي الغياثية وإن شاء صاحب الخاتم أخذه وأعطاه مثل أجر عمله لا يزاد على المسمى ولو دفع إلى نجار بابا وأمره أن ينقشه كذا ففعل غير ما أمره به فله الخيار كما تقدم وإن وافق أمره إلا قليلا فلا

وإن أجره أن يحمر له بيتا فخضر فالمالك بالخيار إن شاء أعطاه ما زادت الخضرة فيه ولا أجر له وإن شاء ضمنه قيمته

ولو دفع ثوبه إلى صباغ ليصبغه بزعفران فصبغه بغير ما سمى فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلمه إليه وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجرة مثل عمله لا يتجاوز به المسمى

وفي الغياثية لو اختلف في كيفية الصبغ قبل العمل مخالفا ويفسخ العقد وإن بعد العمل فالقول لرب الثوب

ولو دفع إلى حائك عزلا (((غزلا))) لينسجه كذا فخالف فإما أن يكون الخلاف من حيث القدر أو من حيث الصفة ولا يخلو إما أن يكون إلى زيادة أو نقصان وفي الفصول كلها صاحب الثوب بالخيار إن شاء ترك الثوب وضمنه عزلا (((غزلا))) وإن شاء ضمنه الثوب وأعطاه أجرة المثل إلا يتجاوز به المسمى

وفي الخلاصة رجل دفع إلى

." (١)

"يجوز وفي العيون والكبرى كل شيء استأجره أحدهما من صاحبه مما يكون العمل فيه لهما فإنه لا يجوز فإن عمل فلا أجر له وذلك مثل الدابة يعني لو استأجر دابة مشتركة لحمل طعام بينهما فلا أجر له

وكل شيء استأجره أحدهما من صاحبه مما لا يكون العمل فيه لهما فهو جائز نحو الجوالق والسفينة والدار

قال فخر الدين والفتوى على ما ذكر في العيون

---

(١) البحر الرائق، ٨/١٨

وفي النوادر استأجر رجلين ليحملا له هذه الحنطة إلى منزله بدرهم فحملها أحدهما فله نصف الدرهم وهو متطوع إذا لم يكونا شريكين قبل العمل وكذا إذا استأجرهما لبناء حائط أو حفر بئر فلو كانا شريكين في العمل يجب الأجر كله ويكون بينهما

وفي الأصل استأجر قوما ليحفروا له سردابا إجارة صحيحة فعملوا وتعاونوا في العمل إن كان يسيرا قسم الأجر بينهما على عدد الرؤوس وإن كان فاحشا يقسم على قدر العمل وإن لم يعمل أحدهما لمرض أو عذر سقطت حصته

وفي الغياثية لرجل بيت على نهر فجاء آخر بحجر ومتاعها فوضعهما في البيت واشتركا على أن يطحنا حبوب الناس فما حصل قسماه نصفين جاز وهو شركة التقبل وليس للبيت والمتاع أجر

قال رحمه الله (كراهن استأجر الرهن من المرتهن) يعني لا يجوز استئجار الشريك هنا كما لا يجوز في مسألة الراهن لأنه ملكه والمرتهن ليس لمالك (((بمالك))) حتى يؤجره فلا يتأتى منه تمليك المنافع بعوض لأن التمليك من غير المالك محال والراهن إنما يمكن من الانتفاع من حيث أنه ملكه ومن انتفع بملك نفسه لا أجرة عليه

قال رحمه الله (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فزرعها فمضى الأجل فله المسمى) لأن الأرض تؤجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم وكذا ما يزرع فيها يختلف كما تقدم فلا يجوز العقد حتى يبين ما يزرع ويبين جنسه

وإذا زرع ومضى الأجل جاز استحسانا لأن الجهالة ارتفعت قبل تمامالعقد فينقلب جائزا

قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد ينقض الحكم أقول لا يخفى على ذي تأمل أن جعل العقد تاما ينقض الحكم مما لا تقبله الفطرة السليمة فإن العقد ينفسخ من الأصل بنقض الحاكم إياه فيكيف (((فكيف))) يتصور أن تتم به وتمام الشيء من أثر بقائه به والحق أن المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد

قال في النهاية فإن قيل إذا ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع فيها ما يضر بالأرض فكيف ينقلب إلى الجواز بتحقق شيء احتماله مفسد للعقد ولأن المعقود عليه إذا كان مجهولا لا يتعين إلا بتعيينهما صونا عن الإضرار بالآخر ولا ينفرد به أحدهما قلت الأصل إجازة (((إجارة))) العقد عند انتفاء المانع لأن العقود تصح بقدر الإمكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما وعند استيفاء المنافع يزول هذا اه

وفي غاية البيان ويجب المسمى إذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد اه

وفي بعض النسخ قيل وهذا تحريف من الكاتب يعني إذا كان بعده فله أجر المثل لا يقال هذه المسألة متكررة مع قوله والأرض للزراعة أن بين ما يزرع لأنا نقول الأول باعتبار ما يصح من العقود وذكرها هنا باعتبار ما يفسد من العقود

قال الأكمل لا يقال هذه المسألة متكررة مع ما ذكره أول الباب لأن ذلك وضع القدوري وهذا وضع (((موضع))) الجامع الصغير يشتمل على زيادة قوله فله يشير إلى أنه انعقد فاسدا وزال الفساد بالزرع على ما فيه

قال رحمه الله (وإن استأجر حمارا إلى مكة ولم يسم ما يحمل فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن) لأن العين أمانة في يده وإن كانت الإجارة فاسدة لأن الفاسد يعتبر بالصحيح لكونه مشروعا من وجه فلا يضمن ما لم يتعدى (((يتعد))) فإذا تعدى ضمن ولا أجر عليه

قال رحمه الله (وإن بلغ مكة فله المسمى) لأن الفساد كان لجهالة ما يحمل فإذا حمل عليه شيئا تعين ذلك فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد

ولو استأجر دابة وجحد الإجارة في أثناء الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار ولا يجب الأجر لما بعده عند أبي يوسف لأنه بالجحود صار غاصبا والأجر والضمان لا يجتمعان

وقال محمد يجب الأجر كله اه

قال رحمه الله (وإن تشاحا قبل الزرع والحمل نقضت الإجارة دفعا للفساد) إذ الفساد باق قبل أن ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع والحمل

فإن قلت حكم الإجارة الفاسدة نقضها قبل تمام المدة ووجوب الأجرة بعد الاستعمال فكان ينبغي أن يقدم على وجوب الأجرة بعد الاستعمال قلنا قدم الأجرة لكثرة وقوعها فتأمل

ولا يخفى أن رفع الفاسد واجب سواء تشاحا أو لم يتشاحا فكان

". (١)

"فانصرف إليه فلا يكون له أن ينقله إلى خدمة السفر لأنه أشق ولأن مؤنة الرد على المولى فيلحقه ضرر بذلك فلا يملكه إلا بإذنه بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لأن مؤنة الرد عليه ولم يوجد العرف في حقه

لا يقال لما ملك المنفعة ملك أن يسافر به كالمولى لأنا نقول المولى إنما ملك ذلك لأنه ملك الرقبة

قيد بقوله ولا يسافر فأفاد أن له أن يستعمل فيما دون السفر ففي المحيط استأجر عبدا ليخدمه ولم يبين مكان الخدمة له أن يستخدمه بالكوفة دون خارج الكوفة

قال شمس الأئمة يعني لا يسافر بالعبد وله أن يخرجه إلى القرى وأفنية المصر ويستخدمه إلى العشاء الأخيرة وليس له أن يضربه وله أن يكلفه أنواع الخدمة ويخدم ضيفانه وامرأته

وأطلق في قوله ولا يسافر وهو مقيد بما إذا لم يكن متهيئا للسفر وقد عرف بذلك لأن المعروف كالمشروط

ولو سافر به صار غاصبا ولا أجر عليه إن سلم لأن الضمان والأجر لا يجتمعان

وفي المحيط لا يكلفه الخبز والطبخ والخياطة وعلف الدواب قال تفسيره أن يعقده خياطا ليخيط للناس أو خبازا ليخبز للناس لأنه ليس من الخدمة بل من التجارة وأما إذا خاط له وخبز له فله ذلك لأنه من أنواع الخدمة

ولو دفع عبده إلى حائك ليعلمه النسخ (((النسج))) واشترط عليه أن يحدقه في ثلاثة أشهر ولم يجز لأن التحديق ليس بعلم معلوم ولو أجر عبده سنة فأعتق العبد في خلال السنة جاز عتقه والعبد بالخيار إن شار (((شاء))) أجاز العقد فيما بقي وله أجر ما بقي من السنة وإن شاء فسخ وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى فإن

---

(١) البحر الرائق، ٢٩/٨

كان المولى قبض الأجرة معجلا فأعتق العبد في خلال السنة فإن أجاز العبد العقد فيما بقي سلم ذلك للسيد ولو كان العبد هو الذي أجر نفسه بإذن المولى ثم أعتق العبد فله الخيار كما تقدم إلا أن العبد هو الذي يقبض الأجرة

وفي الغيائية (((الغياثية))) وإن قبض المولى جميع الأجرة قبل عتقه فذلك له إن لم يكن على العبد دين وإن كان صرف إلى غرمائه والفضل له لأنه كسب عبده

وأفاد قوله استأجر عبدا أن كلا منهما ذكر لأنه لو استأجر أمة لا بد فيه من تفصيل أو استأجر المرأة ذكر التخدمه (((لتخدمه))) لا بد فيه من تفصيل أو استأجرت حرا لا بد فيه من تفصيل ولو أجر عبده سنة فأقام العبد بينة أن مولاه أعتقه قبل الإجارة فالأجرة للعبد ولو قال العبد أنا حر وقد فسخت الإجارة فلم يقم بينة ودفعه القاضي إلى مولاه فأجبر على العمل فأقام بينة أنه حر وإن المولى أعتقه قبل الإجارة فلا أجر للعبد لأنه لو لم يقل فسخت كان الأجر للعبد ولو كان غير بالغ وادعى العتق وقد أخره وقال فسخت ثم عمل فالأجر للغلام اه مختصرا

وفي التتارخانية ويكره للرجل أن يستأجر امرأة للخدمة حرة كانت أو أمة وإن كان له عيال فلا بأس بذلك إذا كان ثقة وبه يفتي

ولو استأجر الرجل امرأته للخدمة لا يجوز ولا أجر لها ولو لغسيل (((لغسل))) الثياب والخياطة يجوز

ولو استأجرت المرأة زوجها للخدمة لا يجوز ولا أجر عليها لو خدم ولو استأجر أباه للخدمة لا يجوز ولا أجر له لا فرق بين الكافر والمسلم

ولو استأجر أباه لرعي غنمه يجوز ولو استأجر أمه أو جدته للخدمة لا يجوز ولو خدم فله المسمى

ولو استأجر عمه وهو أكبر منه أو أخاه وهو أكبر منه لا يجوز

وفي فتاوي الفضلي لا يجوز إجارة المسلم نفسه من كافر في الخدمة وفيما غير الخدمة يجوز

وذكره في صلح الأصل ادعى على آخر دارا فصالحه على خدمة عبده سنة كان له أن يخرج بالعبد إلى أهله

قال شمس الأمة (((الأئمة))) الحلواني لم يرد بإخراجه إلى أهله السفر وإنما أراد القرية وأفنية المصر

وقال شمس الأئمة السرخسي له في مسألة الصلح أن يسافر بخلاف مسألة الإجارة اه

ويطلب الفرق

قال رحمه الله (ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور عليه أجرا دفعه لعمله) يعني لو استأجر رجل عبدا محجورا عليه من نفسه فعمل وأعطاه الأجر ليس للمستأجر أن يأخذ منه والقياس له أن يأخذه منه لأن عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى عل ملك المستأجر لأنه بالاستعمال صار غاصبا له ولهذا يجب عليه ضمان قيمته إذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فله أن يسترده قياسا

وفي الاستحسان لا يسترد لأن التصرف من العبد في هذه الحالة نافع على تقدير السلامة صار على تقدير الهلاك والنافع مأذون فيه فيملكه العبد فيخرج الأجر عن ملكه فبعد ما سلم تمحض نفعا في حق المولى لأنه إذا جاز تحصل للمولى الأجر ولو لم يجز ضاعت منافع العبد فتعين القول بالجواز وصح قبض العبد الأجرة فلا يسترد بخلاف ما إذا هلك العبد في حالة الاستعمال فإنه يجب على المستأجر قيمته وإذا ضمن صار غاصبا من وقت الاستعمال

." (١)

"بالسكوت بأن رأى عبده يبيع ويشتري) يثبت الإذن للعبد بسكوت المولى عندما يراه يبيع ويشتري ولم يتقدم قرينة بنفيه

ولا فرق بين ذلك أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لغيره بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو (((وفاسدا))) فاسدا كذا في الهداية وغيرها

وقال قاضيخان في فتاواه إن رآه يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن إذنا وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع فسكت لا يبطل الرهن

وروى الطحاوي عن أصحابنا أنه رضا ويبطل الرهن كذا نقله الإمام الزيلعي

وظاهر كلامه أنه فهم المخالفة بين كلام الهداية وقاضيخان وليس كذلك فقول قاضيخان لا يصير إذنا أي في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت ويصير إذنا فيما بعده ويدل عليه ذكر المرتهن

قال في البدائع والإذن بطريق الدلالة كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري يصير مأذونا في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت

وقال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري الخمر أو الخنزير فسكت يصير مأذونا في التجارة وإن كان لا يجوز هذا الشراء فكذا هنا فكيف يجوز حمل كلام قاضيخان على خلاف ما ذكره محمد في الأصل وفي المحيط البرهاني قال محمد في الأصل إذا نظر الرجل إلى عبده وهو يبيع ويشتري ولم ينهه عن ذلك يصير العبد مأذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة وإذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله يصير مأذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى

وفي قاضيخان إذن الصغير في التجارة وأبوه يأبى صح إذن القاضي إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت لم يكن إذنا اهـ

فهم بعض أهل العصر أن سكوت القاضي إذا رأى عبده يبيع ويشتري لا يكون اذنا بخلاف سكوت المولى كما فهم الإمام الزيلعي كما تقدم وليس كذلك بل المراد لا يكون إذنا في الذي سكت عنده ويكون إذنا في الذي بعده كما تقدم ولو أمره المولى أن يبيع متاع غيره يصير مأذوناولو رأى عبده يشتري شيئا ويبيع في حانوته فسكت حتى باع متاعا كثيرا من ذلك كان إذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع

ولو رأى المولى عبده يشتري شيئا بدراهم المولى أو ذنانيره (((دنانيره))) فلم ينهه يصير إذنا فإن كان هذا الثمن (((لثمن))) من مال المولى كان للمولى أن يرده ولا يبطل البيع بالاسترداد ولو أن رجلا أجنبيا دفع إلى عبده مالا ليبيعه فباعه والمولى يراه ولم ينهه كان إذنا ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع

واختلفوا في عهدة البيع قيل يرجع إلى الآمر وقيل إلى العبد

(١) البحر الرائق، ٣٧/٨

وفي المحيط وإن لم يره المولي جاز البيع والعهدة عل صاحب المتاع لأن عهدة العبد المحجور متى توكل عن غيره يكون على الموكل

ولو اشترى عبدا على أنه بالخيار فرآه يتصرف فلم ينهه فإن لحقه دين فهو نقض للبيع وإلا فلا وإن تم البيع فهو محجور عليه

والفرق أن الإذن لا ينافي في خيار البائع لأن الإذن مع خيار البائع يجتمعان ويفترقان فمن با ع عبدا مأذونا على أنه بالخيار بقي العبد مأذونا له في مدة الخيار فلم يكن إذن البائع منافيا خياره فبقي خياره وأما الإذن مع خيار المشتري **لا يجتمعان** فإن من اشترى مأذونا على أنه بالخيار بطل الإذن وإن أذن المشتري بالخياره (((بالخيار))) سقط خياره وإن كان العبد اكتسب شيئا فهو للمشتري فإن اكتسب بعد القبض طاب وقبل القبض يتصدق به قيل هذا قولهما وعند الإمام الكسب للبائع ا هـ

وقال الإمام الشافعي وزفر لا يثبت الإذن بسكوت المولى فيما ذكرنا لأن السكوت يحتمل الرضا والرد فلا يثبت بالشك كما لو رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه أو رأى القاضي الصبي والمعتوه ولم يكن لهما ولي أو عبدهما وكذا إذا رأى العبد يتزوج أو الأمة تتزوج وكذا لو تلف مال غيره وهو ينظر لم يكن ذلك إذنا

قلنا هذه التصرفات مبنية على عادات الناس وقد جرت العادة أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه ويؤدبه (((ويؤيده))) فإذا سكت دل على رضاه به وصار إذنا ل لأجل دفع الضرر فصار كسكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه وكسكوت البكر والشفيع والمولى العديم عند ما يرى ما له يقسم بين الغانمين بخلاف ما إذا أكره لأنا لو جعلناه إجازة حصل ضرر عظيم وبخلاف القاضي فإنه لا حق له في مالهما فلا يكون سكوته إذنا فلا بد من التصريح

قال في العناية فإن قيل عين هذا التصرف الذي يراه يبيع فيه غير صحيح فكيف يصح غيره أجيب بأن الضرر في التصرف الذي يراه يبعه (((يبيعه))) محقق بإزالة ملكه عن بائعه في الحال فلا يثبت وفي غيره ليس محققا لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فصح فيه النهي

قيدنا بقولنا ولم يتقدم قرينة تنفيه قال في

". (١)

"""""""" صفحة رقم ١٥٧ """""""

قال : (ولو شهدا على سرقة بقرة واختلفا في لونها قطع ، وإن اختلفا في الأنوثة والذكورة لم يقطع) وقالا : لا يقطع فيهما إن المشهود به مختلف ، ولم يقم على كل واحد شاهدان وصار كالمسألة الثانية . وله أن اشتمال البقرة على اللونين جائز ، فيشهد كل واحد على ما رأى في جانبه وهي حالة اشتباه لأن السرقة تكون ليلا ، والعمل بالبينة واجب ما

---

(١) البحر الرائق، ٩٩/٨

أمكن فتقبل ، بخلاف الذكورة والأنوثة لأنهما لا يجتمعان في بقرة فكانا متغايرين . قال :
(شهدا بقتل زيد يوم النحر بمكة ، وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة ردتا) لأن إحداهما كاذبة
بيقين ولا تدري ، وليست إحداهما أولى من الأخرى بالرد ولا بالقبول فيردان (فإن سبقت
إحداهما وقضي بها بطلت الأخرى) لأن الأولى ترجحت بالقضاء فلا تنقض بما هو دونها .

فصل

كل من ردت شهادته للرق أو الكفر أو للصبا ثم زالت هذه الموانع فأداها قبلت ، ولو
ردت لفسق أو زوجية أو العبد لمولاه أو المولى لعبده ثم زالت فأداها لم تقبل . والفرق أن
الأولى ليست بشهادة لعدم الأهلية فلم يكن الرد تكذيبا شرعا ، والثانية شهادة لقيام الأهلية
فكان تكذيبا فلا تقبل أبدا ، ولو تحملها العبد لمولاه أو أحد الزوجين للآخر فآداها بعد العتق
والبينونة قبلت ، وكذلك إن تحملها وهو عبد أو كافر أو صبي فأداها بعد زوال هذه العوارض
قبلت لأن المعتبر حالة الأداء لما يأتي ولا مانع حالتئذ .

قال : (ولا تقبل شهادة الأعمى) وقال زفر : تقبل فيما يجري فيه التسامع لأنه يسمع .
وقال أبو يوسف : إن كان بصيرا وقت التحمل تقبل لوجود العلم بالنظر ، وعند الأداء يحتاج
إلى القول وهو قادر عليه ويعرفه بالنسبة كما في الميت . ولنا أنه لا يقدر على التمييز بين
الأشخاص ولا على الإشارة ، والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر ولو عمي بعد الأداء قبل
القضاء لا يقضي بها عندهما . لأن أهلية الشهادة شرط وقت القضاء ليصير حجة ، كما إذا
جن أو فسق ، بخلاف الموت فإنه منه للأهلية والغيبة لا تفوت بها الأهلية ، ولا تقبل شهادة
الأخرس ، لأن الشهادة بالنطق وهو عاجز عنه . قال : (ولا المحدود في قذف وإن تاب) لقوله
تعالى :) ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ([النور : ٤] ولأنه من تمام الحد لأنه مانع فيبقى بعد
التوبة . أما المحدود في غير القذف فالرد ليس من الحد وإنما هو للفسق ، وقد ارتفع بالتوبة
والاستثناء في الآية منقطع أو هو مصروف إلى الأقرب وهو الفسق .." (١)

""""""""" صفحة رقم ١٨٥ """""""

بالنص وهو المقصود من الفرقة . ولنا ما روي ' أن النبي عليه الصلاة والسلام لما لاعن بينهما
قال الزوج : كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثا ' . قال الراوي : ففارقها قبل أن يأمره
رسول الله بفراقها ، فأمضى عليه ذلك فصار سنة المتلاعنين ، ولو وقعت الفرقة بتلاعنهما لم
يقع الطلاق ولما أمضاه عليه الصلاة والسلام ولبين له بطلان اعتقاده في وقوع الطلاق ، ولأن ،
حرمة الاستمتاع تثبت باللعان ، لأن اللعن والغضب نزل بأحدهما بيقين وأثره بطلان النعمة ،

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ١٥٧/٢

وحل الاستمتاع نعمة والزوجية نعمة ، وحل الاستمتاع أقلهما فيحرم ، وهذه الحرمة جاءت من قبله لأنها بسبب قذفه فقد فوت عليها الإمساك بالمعروف فيجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا لم يشرحها وهو قادر عليه كان ظالما لها فينوب القاضي منابه دفعا للظلم .
(فإذا فرق بينهما كانت تطليقة بائنة) لأنه كفعل الزوج كما في الجب والعنة . وقال أبو يوسف : هو تحريم مؤبد ، وثمرته إذا أكذب نفسه حده القاضي وعاد خاطبا ، وعنده لا لقوله عليه الصلاة والسلام : ' المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا ' ولنا أنه إذا أكذب نفسه لم يصيرا متلاعنين ولا يبقى حكمه ، ولهذا وجب عليه الحد بالإكذاب ، ولأن اللعان شهادة وهي تبطل بتكذيب الشاهد نفسه فلم يبقيا متلاعنين لا حقيقة ولا حكما فلم يتناولهما النص .
قال : (فإن كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه) لأنه عليه الصلاة والسلام نفى ولد امرأة هلال وألحقه بأمه . وإذا قذف الأعمى امرأته العمياء أو الفاسق امرأته يجب اللعان لأنهما من أهل الشهادة ؛ ولو كان أحدهما أخرس لا حد ولا لعان لأنه ليس من أهل الشهادة ؛ ولو خرس أحدهما أو ارتد أو أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحد للقذف ، أو وطئت حراما بعد اللعان قبل التفريق بطل اللعان ولا حد ولا تفريق ، لأن ما منع الوجوب مع الإمضاء لوجود الشبهة ؛ ولو وطئت بشبهة فقذفها زوجها لا لعان عليه ولا حد على قاذفها . وعن أبي يوسف أنه رجع وقال : يجب اللعان والحد لأنه وطء يجب فيه المهر ويثبت النسب . وجه الظاهر أنه وطء في غير ملك فأشبه الزنا وصار شبهة في إسقاط الحد عن القاذف ؛ ولو قذفها ثم وطئت حراما لا لعان بينهما لما بينا ، ولو لم يفرق الحاكم بينهما حتى عزل أو مات فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما . وقال محمد : لا يستقبل لأن اللعان قائم مقام الحد فصار كإقامة الحد حقيقة ، وذلك لا يؤثر فيه عزل الحاكم وموته . ولهما أن تمام الإمضاء في التفريق والإنهاء فلا يتناهى قبله فيجب الاستقبال ؛ ولو طلقها بعد القذف ثلاثا أو بائنا فلا حد ولا لعان ، ولو كان رجعيا لا عن لقيام الزوجية ؛ ولو تزوجها بعد الطلاق البائن فلا لعان ولا حد بذلك القذف .." (١)

"""""""" صفحة رقم ٧١ """""""

من هذا الكوز فصب في كوز آخر ، وهذه المسألة تشهد لأبي حنيفة لاختصاص اليمين عندهم بدجلة دون ما انتقل إليه ماؤها وهذا إذا لم يذكر الماء ، وأما إذا قال : من ماء دجلة فإنه يحنث بالكرع وبالإناء وبالغرف ومن نهر آخر ، لأن اليمين عقدت على الماء دون النهر وقد وجد .

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ١٨٥/٣

قال : (ولو حلف لا يشرب من الحب أو البئر يحنث بالإناء) وهذا في البئر ظاهر لأنه لا يمكن الشرب منها إلا بإناء حتى قالوا : لو نزل البئر وكرع لا يحنث ، لأن الحقيقة والمجاز لا يجتمعان تحت لفظ واحد والحقيقة مهجورة ؛ وأما الحب إن كان ملآنا يمكن الشرب منه لا يحنث بالاعتراف والإناء لتعينه . ولو حلف لا يشرب من هذا الإناء فهو عن الشرب بعينه لأنه المتعارف فيه .

قال : (والسمك والألية ليسا بلحم) فإن حلف لا يأكل لحما فأي لحم أكل من جميع الحيوان غير السمك حنث سواء أكله طبيخا أو مشويا أو قديدا وسواء كان حلالا أو حراما : كالميتة ولحم الخنزير والآدمي ، ومتروك التسمية وذبيحة المجوسي وصيد الحرم ، لأن اسم اللحم يتناول الجميع ولا يختلف باختلاف صفة اللحم وصفة الذابح . فأما السمك وما يعيش في الماء لا يحنث به لأنه لا يدخل تحت إطلاق اسم اللحم ، ألا ترى أنهم يقولون : ما أكلت لحما وقد أكل السمك ، والمعتبر في ذلك الحقيقة دون لفظ القرآن ، ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث وإن سماه الله تعالى دابة في قوله :) إن شر الدواب عند الله الذين كفروا ([الأنفال : ٥٥] وكذا لو خرب بيت العنكبوت لا يحنث في يمينه لا يخرب بيتا ، وكذا لا يحنث بالقعود في الشمس لو حلف لا يقعد في السراج إلى غير ذلك ، وإنما المعتبر في ذلك المتعارف ، وكذلك الألية وشحم البطن ليسا بلحم لأنهما لا يستعملان استعمال اللحم ولا يتخذ منهما ما يتخذ من اللحم ولا يسميان لحما عرفا ، وإن نواه أو نوى السمك يحنث لأنه تشديد على نفسه .

قال : (والكرش والكبد و الرئة والفؤاد والكلية والرأس والأكارع والأمعاء والطحال لحم) لأنها تباع مع اللحم ، وهذا في عرفهم على ما رواه أبو حنيفة في زمنه بالكوفة . وأما البلاد التي لا تباع فيها مع اللحم فلا يحنث اعتبارا للعرف في كل بلدة وكل زمان . وأما شحم الظهر فهو لحم ، ويقال له لحم سمين ، ويستعمل فيها يستعمل فيه اللحم . قال : (والشحم شحم البطن) فلو حلف لا يأكل شحما فأكل شحم الظهر لا يحنث لأنه من اللحم ويقال له لحم سمين كما قدمنا ، وقالا : يحنث لأن اسم الشحم يتناوله وهذا في عرفهم ، وفي عرفنا :." (١)

"القروي استأجر حمارا ليحمل عليه برا إلى المدينة ففعل فوضع عليه في الرجوع قفيز ملح بلا إذن فمرض فمات ضمن لغصبه ولا أجر إذ لا يجتمعان قال صاحب الفصولين : إذا كان الحمل عليه في الرجوع متعارفا ينبغي أن لا يضمنه .." (٢)

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ٧١/٤

(٢) مجمع الضمانات، ١٠٠/١

"استأجر عبدا سنة وقبضه فلما مضى نصف السنة جحد الإجارة وادعاه لنفسه وقيمة العبد يوم الجحود ألفان فمضت السنة وقيمة العبد ألف درهم ثم مات العبد في يد المستأجر وقيمته ألف روى هشام عن محمد أن عليه الأجر ويضمن قيمة العبد بعد سنة ولم يذكر هشام فيه خلافا وذكر القدوري عن أبي يوسف أن عليه الأجر فيما مضى قبل الجحود وليس عليه أجر ما بعده من قاضي خان .

وفي الخلاصة فإن قيل : كيف يجتمع عليه الأجر والضمان ؟ قيل : **لا يجتمعان** هنا قال هشام : إنما لزمه الأجر هنا لأنه استعمله السنة كلها فلما مضت السنة كان عليه أن يرد بعدها فلما لم يفعل صار ضامنا لقيمته وقد كان لزمه الأجر قبل أن يضمن القيمة هذا تفسير هشام ا هـ .." (١)

"وإذا هلك مال المضاربة فلا يخلو إما أن يكون قبل التصرف أو بعده فإن هلك قبل التصرف بطلت المضاربة ، والقول قول المضارب مع يمينه .

ولو استهلكه المضارب أو أنفقه أو أعطاه رجلا فاستهلكه لم يكن له أن يشتري على المضاربة شيئا حتى يأخذ الضمان من المستهلك فله ذلك .

وعن محمد لو أقرض المضارب رجلا فإن رجعت الدراهم إليها بعينها رجعت على المضاربة ، وإن أخذ مثلها لا ترجع لأن الضمان قد استقر بهلاك عينها ، وحكم المضاربة مع الضمان **لا يجتمعان** .

وأما إذا هلك بعد التصرف بأن اشترى بألف المضاربة شيئا وقبضه ، وهلك المال قبل نقد الثمن يرجع على رب المال بألف أخرى فيكون رأس المال ألفين ، وكذلك لو ادعى المضارب أنه نقد الثمن ، وأنكر البائع يرجع على رب المال بألف بخلاف الوكيل إذا أقر أنه نقد الألف للبائع وجحدها البائع غرمها الوكيل لأنه أقر باستيفاء ما وجب له على الموكل مرة لأن بالشراء وجب الثمن للوكيل على الموكل بخلاف المضارب لأن قبضه يكون بجهة الأمانة في كل مرة لا بجهة الاستيفاء لأنه لا يجب له على رب المال دين .." (٢)

"الدنيا ، ويتناول جميع الأموال ، ولا وجه له هاهنا لجعله مقابلا للذهب والفضة ا هـ أي مفتوح الراء غير مراد هنا لتناوله جميع الأموال مع أن النقدين غير داخلين فيه هنا بقرينة المقابلة ، فيتعين إرادة ساكن الراء ، لكن على ما في الصحاح يخرج عنه الدواب والمكيلات والموزونات مع أنها من عروض التجارة إذا نواها فيها فلذا قال الشارح : هو هنا ما ليس بنقد : أي أن المناسب للمراد هنا الاقتصار على تفسيره بذلك ليدخل فيه ما ذكر (قوله : وأما عدم صحة النية إلخ) جواب عما أورده الزيلعي من أن الأرض الخراجية لا يجب فيها الزكاة وإن نوى عند شرائها التجارة مع أنها من العروض ، والجواب ما تقدم قبيل باب السائمة من قوله والأصل أن ما عدا الحجرين والسوائم إنما يزكى بنية التجارة بشرط عدم المانع المؤدي إلى الثني (قول لا ؛ لأن الأرض إلخ) رد على ما في الدرر حيث أجاب عما أورده الزيلعي بأن الأرض ليست من العرض بناء على ما نقله عن الصحاح .

---

(١) مجمع الضمانات، ١/١٧٤

(٢) مجمع الضمانات، ٥/٤٣٠

قال في البحر : وهو مردود لما علمت من أن الصواب تفسيره هنا بما ليس بنقد ا هـ .

وقد أورد الزيلعي أيضا ما إذا اشترى أرض عشر وزرعها أو اشترى بذرا للتجارة وزرعه فإنه يجب فيه العشر ولا تجب فيه الزكاة ؛ لأنهما لا يجتمعان .

ا هـ .

ويجاب عنه بما ذكره الشارح من قيام المانع .

وأجاب في الدرر وتبعه في البحر بأن عدم وجوب الزكاة في البذر إنما حدث بعد الزراعة وذلك لا يضر ؛ لأن مجرد نية الخدمة إذا أسقط وجوب الزكاة في العبد." (١)

"ينافيه لتناقضها ، فإن مجرد إقدامها على العقد اعتراف بعدم مانع منه ، فإذا ادعت ما ينافيه لم يقبل وما مر عن الفتاوى محمول على ما إذا تزوجها بعد ما فسرت توفيقا بين كلامهم .

وفي البزازية : تزوجت المطلقة ثم قالت للثاني تزوجتني في العدة ، إن كان بين النكاح والطلاق أقل من شهرين صدقت في قول الإمام وكان النكاح الثاني فاسدا ، وإن أكثر لا وصح الثاني ، والإقدام على النكاح إقرار بمضي العدة لأن العدة حق الأول ، والنكاح حق الثاني ، ولا يجتمعان فدل الإقدام على المضي ، بخلاف المطلقة ثلاثا إذا تزوجت بالأول بعد مدة ثم قالت : بك تزوجت قبل النكاح الثاني حيث لا يكون إقدامها دليلا على إصابة الثاني ونكاحه .

قالت المطلقة ثلاثا : تزوجت غيرك وتزوجها الأول ثم قالت : كنت كاذبة فيما قلت ، لم أكن تزوجت ؛ فإن لم تكن أقرت بدخول الثاني كان النكاح باطلا ، وإن كانت أقرت به لم تصدق ا هـ وهذا مؤيد لما قلنا من الفرقة والتوفيق ، وبالله التوفيق ، وبما قررناه ظهر لك ما في كلام الشارح والظاهر أنه تابع ما بحثه في الفتح .." (٢)

"(وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع بعد التلاعن ولو قبل التفريق بينهما) لحديث " ﴿ المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ﴾ " .

S(قوله : والاستمتاع) أي بالدواعي ، ومن حكمه وجوب التفريق بينهما ووقوع البائن بهذا التفريق بحر ط (قوله : بعد التلاعن) أي ما دام حكمه باقيا ، فلو خرجا ، أو أحدهما عن أهلية اللعان له أن ينكحها كما يأتي ، وعليه حمل الحديث المذكور .

ولا ينافيه قوله أبدا كما في قوله تعالى - ﴿ إنهم إن يظهروا عليكم يرجموكم أو يعيدوكم في ملتهم ولن تفلحوا إذا أبدا ﴾ - أي ما دمتم في ملتهم كما في البدائع ، وتمام الكلام على الحديث مبسوط في الفتح .." (٣)

"قوله : صح) أي التفريق وقد أخطأ السنة كاف (قوله : لأنه مجتهد فيه) فإن الإمام الشافعي رحمه الله تعالى قائل بوقوع الفرقة بلعان الزوج فقط ، كذا في النهر ح .

---

(١) رد المحتار، ٧/٧٧

(٢) رد المحتار، ١٢/٣٦

(٣) رد المحتار، ١٢/٢٦٣

قلت : وقدمنا في الخلع وفي أول الظهار معنى المجتهد فيه ، وإذا فهمته تعلم أنه لا يثبت كونه مجتهدا فيه بمجرد وقوع الخلاف فيه بين المجتهدين (قوله : بغير القاضي الحنفي) المراد بغيره من يرى جوازه باجتهاد منه ، أو بتقليد للمجتهد كشافعي (قوله : أما هو فلا ينفذ) أي بناء على المعتمد من أن القاضي ليس له الحكم بخلاف مذهبه ، ولا سيما قضاة زماننا المأمورين بالحكم بأصح أقوال أبي حنيفة (قوله : وحرم وطؤها) أي ودواعيه كما مر ط (قوله : لما مر) أي من حديث " ﴿ المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا ﴾ " ح (قوله : ولها) أي للملاعنة بعد التفريق ط (قوله : نفقة العدة) أي والسكنى ، وإذا جاءت بولد إلى سنتين لزمه ، وإن لم تكن عليها عدة لزمه إلى ستة أشهر كما في الكافي .." [1]

"للقاضي زكريا أن الفتح على إرادة المصدر ، والإسكان على إرادة الاسم ، إلا أن الفتح أرجح لكونه موافقا لباقي العيوب فإنها كلها مصادر ، هذا هو الصواب .

وأما إنكار بعضهم على الفقهاء فتحه ، وتلحينه إياهم فليس كما ذكر ا هـ (قوله : لو بالزوج) في العبارة خلل فإنها تقتضي عدم خيار الزوج عندهم إذا كانت هذه الخمسة في الزوجة والواقع خلافه .

والظاهر أن أصلها : وخالف الأئمة الثلاثة في الخمسة مطلقا ومحمد في الثلاثة الأول لو بالزوج كما يفهم من البحر وغيره .

ا هـ .

ح .

قلت : وفي نسخة : وعند محمد لو بالزوج ، لكن يرد عليها أن الرتق والقرن لا يوجدان بالزوج .

هذا ، وقد تكفل في الفتح برد ما استدل به الأئمة الثلاثة ومحمد بما لا مزيد عليه (قوله : ولو قضي بالرد صح) أي لو قضى به حاكم يراه فأفاد أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد ، وهذه المسألة ذكرها في البحر ولم أرها في الفتح (قوله : صح) إلا رواية عن أحمد أنهما **لا يجتمعان** كتفرقة اللعان ، وهذا باطل لا أصل له بحر عن المعراج .." [2]

"(ولا بد من سترة بينهما في البائن) لئلا يختلي بالأجنبية ، ومفاده أن الحائل يمنع الخلوة المحرمة (وإن ضاق المنزل عليهما ، أو كان الزوج فاسقا فخروجه أولى) لأن مكثها واجب لا مكثه ، ومفاده وجوب الحكم به ذكره الكمال (وحسن أن يجعل القاضي بينهما امرأة) ثقة .

ترزق من بيت المال بحر عن تلخيص الجامع (قادرة على الحيلولة بينهما) وفي المجتبى الأفضل الحيلولة بستر ، ولو فاسقا فبامرأة .

قال : ولهما أن يسكنا بعد الثلاث في بيت واحد إذا لم يلتقيا التقاء الأزواج ، ولم يكن فيه خوف فتنة انتهى .

وسئل شيخ الإسلام عن زوجين افترقا ولكل منهما ستون سنة وبينهما أولاد تتعذر عليهما مفارقتهم فيسكنان في بيتهم **ولا**

(١) رد المحتار، ٢٨٢/١٢

(٢) رد المحتار، ٣٢٨/١٢

يجتمعان في فراش ولا يلتقيان التقاء الأزواج هل لهما ذلك ؟ قال : نعم ، وأقره المصنف .

s." (١)

"قهستاني ، وإنما قطع ؛ لأن صاحب المال اعتمد الجوالق فكان هاتكا للحرز ، بخلاف ما إذا أخذ الجوالق بما فيه ، وكذا لو سرق من الفسطاط فإنه يقطع ، ولو سرق نفس الفسطاط لا يقطع بحر ، ويأتي بيانه (قوله فسرق منه) أي أخرج منه بيده ما قيمته عشرة دراهم فصاعدا ، فلو خرج الشيء بنفسه ثم أخذه لا يقطع ؛ لأن الإخراج من الحرز شرط قهستاني .

وفي حاشية نوح أفندي قيد بالأخذ من الحمل ؛ لأنه إذا لم يأخذ منه بالذات بل أخذ من الأرض ما سقط منه بسبب شقه لا يقطع ؛ لأنه لم يأخذ من الحرز ا هـ ومثله في اليعقوبية .

قلت : ويشكل عليه ما لو نقب فدخل وألقى شيئا في الطريق ثم أخذه فإنه يقطع كما مر ، إلا أن يجاب بأن الإلقاء في الطريق هناك معتاد كما مر ، بخلافه هنا فتأمل (قوله أو سرق جوالقا إلخ) معناه إذا كان الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق والمفازة والمسجد ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه فتح (قوله بضم الجيم) أي مع فتح اللام وكسرها وبكسر الجيم واللام : الوعاء المعروف وجمعه جوالق كصحائف وجواليق وجوالقات قاموس ونحوه في الصحاح ، وفيهما أن القاف والجيم لا يجتمعان في كلمة إلا معربة أو صوتا (قوله وربه يحفظه) أي يحفظ المسروق من الحيوان والحمل والمتاع مالكه أو غيره قهستاني : أي فلا يلزم أن يكون الحافظ رب الجمل أو الحمل ابن كمال .

وأفاد أن هذه الجملة الحالية قيد في مسألة القطار أيضا ، وهو ما أفاده الشارح أولا بقوله وإن كان معها حافظ ، وهذا." (٢)

"(ولا يؤخذ العشر من الخارج من أرض الخراج) لأنهما لا يجتمعان خلافا للشافعي

s(قوله ولا يؤخذ العشر إلخ) أي لو كان له أرض خراجها موظف لا يؤخذ منها عشر الخارج وكذا لو كان خراجها مقاسمة من النصف ونحوه وكذا لو كانت عشرية لا يؤخذ منها خراج لأنهما لا يجتمعان ، ولذا لم يفعله أحد من الخلفاء الراشدين ، وإلا لنقل وتمامه في الفتح." (٣)

"عليه فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته .

(قوله : لا النكاح) أي ليس للفضولي في النكاح الفسخ بالقول ولا بالفعل ؛ لأنه معبر محض ، فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي .

وفي النهاية أن له الفسخ بالفعل ، بأن زوج رجلا امرأة ثم أختها قبل الإجازة فهو فسخ للأول ، وفي الخانية خلافه بحر ملخصا .

(قوله : خير المشتري في حصته) أي حصة المجيز ؛ لأن المشتري رغب في شرائه ليسلم له جميع المبيع ، فإذا لم يسلم يخير

---

(١) رد المحتار، ٤٥٧/١٢

(٢) رد المحتار، ٣٣٩/١٥

(٣) رد المحتار، ١٥٧/١٦

لكونه معيبا بعيب الشركة ، وألزمه محمد بها ؛ لأنه رضي بتفريق الصفقة عليه لعلمه أنهما قد لا يجتمعان على الإجارة شرح المجمع .." [1]

"وفيها استأجر للقصارة فله الحدادة إن اتحد ضررهما ، ولو فعل ما ليس له لزمه الأجر ، وإن انهدم به البناء ضمنه ولا أجر ؛ لأنهما لا يجتمعان .

(وله السكنى بنفسه وإسكان غيره بإجارة وغيرها) وكذا كل ما لا يختلف بالمستعمل يبطل التقييد ؛ لأنه غير مفيد ، بخلاف ما يختلف به كما سيجيء ، ولو آجر بأكثر تصدق بالفضل إلا في مسألتين : إذا آجرها بخلاف الجنس أو أصلح فيها شيئا ، ولو آجرها من المؤجر لا تصح وتنفسخ الإجارة في الأصح بحر معزيا للجوهرة ، وسيجيء تصحيح خلافه فتنبه .

s(قوله ولو فعل ما ليس له) أي وقد انقضت المدة ، أما لو مضى بعضها هل يسقط أجره أو يجب ؟ يحرر ط عن القدسي .

(قوله ولا أجر) أي فيما ضمنه نهاية ، وأما الساحة فينبغي الأجر فيها كذا في الذخيرة سائحاني." [2]

"لا يجوز وإن كان أخف ضررا من وجه آخر ، كذا أفاده الزيلعي .

أقول : ولم يذكر ما يضمن في هذه الأوجه .

وحاصل ما في البدائع أن الخلاف الموجب للضمان إما في الجنس أو في القدر أو الصفة .

فالأول كما إذا استأجرها لحمل كر شعير فحمل كر حنطة يضمن كل القيمة ؛ لأنها جنس آخر وأثقل فصار غاصبا ولا أجر ؛ لأنهما لا يجتمعان .

والثاني كما إذا استأجرها ليحمل عشرة أقفزة حنطة فحمل أحد عشر ، فإن سلمت لزم المسمى وإلا ضمن جزءا من أحد عشر جزءا من قيمتها .

والثالث كما إذا استأجرها ليحمل مائة رطل قطن فحمل مثل وزنه أو أقل حديدا يضمن قيمتها ؛ لأن الضرر ليس للثقل فلم يكن مأذونا ، ولا أجر لما قلنا وسيأتي تمامه." [3]

"(ولو أردف من يستمسك بنفسه وعطبت الدابة يضمن النصف) ولا اعتبار للثقل ؛ لأن الآدمي غير موزون ، وهذا (إن كانت) الدابة (تطيق حمل الاثنين وإلا فالكل) بكل حال (كما لو حمله) الراكب (على عاتقه) فإنه يضمن الكل (وإن كانت تطيق حملهما) لكونه في مكان واحد (وإن كان) الرديف صغيرا لا يستمسك يضمن بقدر ثقله) كحمله شيئا آخر ولو من ملك صاحبها كولد الناقة لعدم الإذن ، وليس المراد أن الرجل يوزن بل أن يسأل أهل الخبرة كم يزيد ، ولو ركب على موضع الحمل ضمن الكل لما مر ؛ وكذا لو لبس ثيابا كثيرة ، ولو ما يلبسه الناس ضمن بقدر ما زاد

---

(١) رد المحتار، ٤٢٨/١٩

(٢) رد المحتار، ١٩٨/٢٤

(٣) رد المحتار، ٢٢٥/٢٤

مجتبى .

(وإذا هلكت بعد بلوغ المقصد وجب جميع الأجر) لركوبه بنفسه (مع التضمين) أي لنصف القيمة لركوب غيره ؛ ثم إن ضمن الراكب لا يرجع ، وإن ضمن الرديف رجع لو مستأجرا من المستأجر وإلا لا ، قيد بكونها عطبت ؛ لأنها لو سلمت لزم المسمى فقط وبكونه أردفه ، ؛ لأنه لو أقعده في السرج صار غاصبا فلا أجر عليه بحر عن الغاية ، لكن في السراج عن المشكل ما يخالفه ، فليتأمل عند الفتوى .

وكيف في الأشباه وغيرها أن الأجر والضمان **لا يجتمعان** .

s." (١)

"العادة أن المستأجر يكون أصلا ولا يكون رديفا ، إذ المستأجر لو جعل نفسه رديفا وغيره أصلا فحكمه كذلك ا هـ ، أي فيجب عليه أيضا النصف لو تطيق مع لزوم الأجر كما مر عن البدائع ، ولو لا تطيق فالكل ، وحيث جعله في الغاية مقابلا للأول وصرح بأنه لم يجب عليه شيء من الأجر فهو صريح في المخالفة خلافا لمن وهم .

(قوله فليتأمل عند الفتوى) إشارة إلى إشكاله ، فلا ينبغي الإقدام على الإفتاء به قبل ظهور وجهه .

(قوله كيف وفي الأشباه إلخ) استبعاد لما في السراج وبيان لوجه التوقف عند الفتوى فإنه مخالف للقاعدة المذكورة .

(قوله **لا يجتمعان**) أي وهنا لما صار غاصبا وضمن ملكه مستندا فإذا ألزمناه الأجر بارتزاقه لزم اجتماعهما لوجوب الأجر فيما ملكه .

والفرق بينه وبين ما لو أردف غيره أنه هنا لما أخرجها من يده صار غاصبا ، كما لو استأجرها ليركب بنفسه فأركب غيره يجب كل القيمة كما مر ، فإذا ارتدف خلفه صار تابعا ولا يمكن وجوب الأجر بارتدافه لما قلنا .

أما لو ركب في السرج فقد أتى بما هو مأذون فيه ، فإذا أردف غيره فقد خالف فيما شغله بغيره ، ولا يملك شيئا بالضمان فيما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك ، وإنما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه ، وإذا راجعت النهاية اتضح لك ما قررناه فافهم." (٢)

"(استأجر دابة ثم جحد الإجارة في بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار ، ولا يجب لما بعده) عند أبي يوسف ؛ لأنه بالجحود صار غاصبا والأجر والضمان **لا يجتمعان** ، وعند محمد يجب المسمى درر وكأنه لا قول للإمام .

وفي الأشباه : قصر الثوب المجحود ، فإن قبله فله الأجر وإلا لا وكذا الصباغ والنساج .

s(قوله والأجر والضمان **لا يجتمعان**) أي أجر ما بعد الجحود مع ضمان الدابة لو هلكت بعد الجحود ح .

قلت : وأما أجر ما قبل الجحود فيجب وإن هلكت بعده ولا يلزم اجتماعهما لاختلاف الجهة كما مر نظيره تأمل (قوله وعند محمد يجب المسمى) أي إن سلمت الدابة .

---

(١) رد المحتار، ٢٢٦/٢٤

(٢) رد المحتار، ٢٢٩/٢٤

قال المقدسي في شرح الكنز : وأوجب محمد الأجر ؛ لأنه سلم من الاستعمال فسقط الضمان كذا في التبيين وشروح المجمع .

وأنت خبير بأن المسألة السابقة ونظائرها تؤيد ما قال ح .

قلت : وفيه نظر فإنه في المسألة السابقة غير غاصب لإقراره بالإجارة وانقلابها بها صحيحة بارتفاع الجهالة كما مر .

مطلب يجب الأجر في استعمال المعد للاستغلال ولو غير عقار نعم ينبغي وجوب الأجر لو مدة للاستغلال فإنه لا يختص بالعقار كما وهم ، وقد أفتى في الحامدية بوجوب الأجر على مستعمل دابة الكاري مستندا للنقل كما سنذكره في الغصب ، ومثله في المرادية فتنبه." (١)

"(ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة) لمشقته (إلا بشرط) ؛ لأن الشرط أملك عليك أم لك ، وكذا لو عرف بالسفر ؛ لأن المعروف كالمشروط (بخلاف العبد الموصى بخدمته فإن له أن يسافر به مطلقا) ؛ لأن مؤنته عليه (ولو) (سافر) المستأجر (به فهلك) (ضمن) قيمته ؛ لأنه غاصب (ولا أجر عليه وإن سلم) ؛ لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان** .

وعند الشافعي له أجر المثل .

S." (٢)

"(قوله ولا يسافر بعبد) أي بل يخدمه في المصر وقراه فيما دون السفر ط عن البزازية .

(قوله لمشقته) أي لمشقة السفر ولأن مؤنة الرد على المولى ويلحقه ضرر بذلك فلا يملكه إلا بإذنه زيلعي (قوله إلا بشرط) أو يرضى به بعده ط .

(قوله ؛ لأن الشرط أملك) أي أشد ملكا وأدخل في الاتباع فهو أفعل تفضيل من المبني للفاعل أو المفعول : أي أشد مالكية أو مملوكية بالنظر لمن اشترطه أو لمن اشترط عليه ط .

(قوله عليك) متعلق بمحذوف حال من الضمير في أملك ط (قوله أم لك) فيه الجناس التام اللفظي كقوله : إذا ملك لم يكن ذا هبه فدعه فدولته ذاهبه (قوله وكذا لو عرف بالسفر) أي وكان متهيئا له كما في التبيين .

(قوله بخلاف العبد الموصى بخدمته) مثله المصالح على خدمته ط عن سري الدين .

(قوله مطلقا) أي سواء شرط السفر به أم لا منح .

(قوله ؛ لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان**) أي في حالة واحدة ، فلو أوجبنا الأجر عند السلامة وأوجبنا الضمان عند الهلاك في سفره لاجتمعا في حالة واحدة وهي حالة السفر." (٣)

---

(١) رد المحتار، ٣١٢/٢٤

(٢) رد المحتار، ٣٥٢/٢٤

(٣) رد المحتار، ٣٥٣/٢٤

"(له أمتان) **لا يجتمعان** نكاحا (أختان) أم لا (قبلهما) فلو قبل أو وطئ إحداهما يحل له وطؤها وتقبيلها دون الأخرى (بشهوة) الشهوة في القبلة لا تعتبر بل في المس والنظر ابن كمال (حرمتا عليه وكذلك) يحرم عليه (الدواعي كالنظر والتقبيل حتى يحرم فرج إحداهما) عليه ولو بغير فعله كاستيلاء كفار عليها ابن كمال (بملك) ولو لبعضها بأي سبب كان (أو نكاح) صحيح لا فاسد إلا بالدخول (أو عتق) ولو لبعضها أو كتابة لأنها تحرم فرجها ، بخلاف تدبير ورهن وإجارة .

قلت : والمستحب أن لا يمسها حتى تمضي حيضة على المحرمة كما بسطته في شرح الملتقى .

s." (١)

"(قوله **لا يجتمعان** نكاحا) أشار به إلى أن المراد ذلك فذكر الأختين تمثيل لا تقييد لكن صار في ارتفاع أختان بالألف ركاكة تأمل قال ط : وظاهره يشمل الأم وبنتها وعليه نص القهستاني مع أنه إذا قبلهما بشهوة وجبت حرمة المصاهرة فيحرمان عليه جميعا .

[فرع] لو تزوج أمة ولم يطأها فشرى أختها ليس له أن يستمتع بالمشتراة لأن الفراش ثبت بالنكاح فلو وطئها صار جامعا في الفراشية إتقاني (قوله قبلهما) لم يذكر المصنف الوطء لأن كتاب النكاح أغنانا عنه قهستاني قوله يحل له وطؤها إلخ) لأنه يصير جامعا بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة هداية (قوله الشهوة في القبلة لا تعتبر) مخالف لما في الكنز والهداية وقال في النهاية قيد بقوله : بشهوة لأن تقبيلها إذا لم تكن عن شهوة صار كأنه لم يقبلهما أصلا ا هـ ومثله في العناية لكن في فصل المحرمات من فتح القدير إذا أقر بالتقبيل ، وأنكر الشهوة اختلف فيه قيل لا يصدق ولا يقبل إلا أن يظهر خلافه وقيل يقبل وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجبهة فيصدق أو على الفم فلا والأرجح هذا ا هـ واستظهر إلحاق الخدين بالفم .

قلت : فقد حصل التوفيق والله الموفق (قوله حتى يحرم) بفتح حرف المضارعة من المجرد لا من التحريم وفرج بالرفع فاعل ليشمل ما بغير فعله (قوله بملك) أراد به ملك اليمين وقوله بأي سبب كان تعميم له قال الأتقاني كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة تأمل (قوله إلا." (٢)

"(قوله ونصب القاضي الآخر لا يخرج الأول) والوصي هو الأول دون وصي القاضي لأنه اتصل به اختيار الميت كما إذا كان القاضي عالما ا هـ كذا في حاشية أبي السعود على الأشباه عن المحيط .

أقول : بقي أن تصرف الثاني بغيبة الأول هل هو نافذ ؟ والظاهر نفاذه لو الغيبة منقطعة .

وفي الأشباه : ولا ينصب القاضي وصيا مع وجوده : أي وصي الميت إلا إذا غاب غيبة منقطعة أو أقر لمدعي الدين ا هـ والغيبة ، المنقطعة ، أن يكون في موضع لا تصل إليه القوافل كما في حاشية أبي السعود .

وفي الولوالجية : ادعى رجل دينا على الميت والوصي غائب ينصب القاضي خصما عن الميت ، ألا ترى أنه لو كان حاضرا

---

(١) رد المحتار، ٤٣٢/٢٦

(٢) رد المحتار، ٤٣٣/٢٦

وأقر بالدين ينصب القاضي خصما عن الميت ليصل المدعي إلى حقه لأن إقرار الوصي على الميت لا يجوز ولا يملك المدعي أن يخاصم الوصي فيما أقر به ا هـ (قوله إلا بشراء كفنه إلخ) هذه المسائل مستثناة من بطلان انفراد أحد الوصيين للضرورة (قوله وتجهيزه) لو اقتصر عليه لكفاه عما قبله قال في التبيين لأن في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضا في الحضر والرفقة في السفر ا هـ ط (قوله والخصومة) وجه الانفراد فيها أنهما **لا يجتمعان** عليها عادة ، ولو اجتمعا لم يتكلم إلا أحدهما غالبا درر (قوله وشراء حاجة الطفل) أي ما لا بد له منه كالطعام والكسوة إتقاني لأن في تأخيره لحوق ضرر به منح (قوله والاتهاب له) أي قبول الهبة للطفل لأن في تأخيره خشية الفوات قهستاني ، ولأنه ليس من." [1]

" البيع قبل القبض ، ثم يطلق الزوج بعد الشراء والقبض أو بعد القبض ومن ملك أمتين **لا يجتمعان** نكاحاً فله وطؤ إحداهما فقط ودواعيه فإنْ وطئهما أو فعل بهما شيئاً من الدواعي حرم عليه وطؤ كل منهما ودواعيه حتى يحرم أحداهما .

". [2]

" لما فرغ من بيان الفرض العلمي شرع في العملي وهو في اللغة الفرد خلاف الشفع بالفتح والكسر وفي الشرع صلاة مخصوصة وصفه بقوله (الوتر واجب) في الأصح وهو آخر أقوال الإمام وروى عنه أنه سنة وهو قولهما وروي عنه فرضين ووفق المشايخ بين الروايات بأن فرض عملا وهو الذي لا يترك واجب اعتقادا فلا يكفر جاحده سنة دليلا لثبوته بها وجه الوجوب قوله صلى الله عليه و سلم " الوتر حق فمن لم يوتر فليس مني الوتر حق فمن لم يوتر فليس مني الوتر حق فمن لم يوتر فليس مني " رواه أبو داود والحاكم وصححه والأمر وكلمة حق وعلى الوجوب (و) كميته (هو) في الوتر (ثلاث ركعات) يشترط فعلها (بتسليمة) لأن رسول الله صلى الله عليه و سلم "كان يوتر بثلاث لا يسلم إلا في آخرهن " صححه الحاكم وقال على شرط الشيخين (ويقرأ) وجوبا (في كل ركعة منه الفاتحة وسورة) لما روي أنه عليه السلام " قرأ في الأولى منه أي بعد الفاتحة بسبح اسم ربك الأعلى وفي الثانية بقل يا أيها الكافرون وفي الثالثة بقل هو الله أحد وقنت قبل الركوع " وفي حديث عائشة رضي الله عنها " قرأ في الثالثة قل هو الله أحد والمعوذتين " فيعمل به في بعض الأوقات عملا – بالحديثين لا على الوجوب

(ويجلس) وجوبا (على رأس) الركعتين (الأوليتين منه) للمأثور (ويقتصر على التشهد) لشبهة الفرضية (ولا يستفتح) أي لا يقرأ دعاء الافتتاح (عند قيامه للثالثة) لأنه ليس ابتداء صلاة أخرى (وإذا فرغ من قراءة السورة فيها) أي الركعة الثالثة (رفع يديه حذاء أذنيه) كما قدمناه إلا إذا قضاه حتى لا يرى تهاونه فيه برفعه يديه عند من يراه (ثم كبر) لانتقاله إلى حالة الدعاء (و) بعد التكبير (قنت قائما) لأن النبي صلى الله عليه و سلم كان يقنت في الوتر قبل الركوع وعند الإمام يضع يمينه على يساره وعن أبي يوسف يرفعهما كما كان ابن مسعود يرفعهما إلى صدره وبطونهما إلى السماء

---

(١) رد المحتار، ١٤٨/٢٩

(٢) ملتقى الأبحر، ص/٢١٠

روى فرج مولى أبي يوسف قال رأيت مولاي أبا يوسف إذا دخل في القنوت للوتر رفع يديه في الدعاء قال ابن أبي عمران كان فرج ثقة

قال الكمال ووجهه عموم دليل الرفع للدعاء ويجاب بأنه مخصوص بما ليس في الصلاة للإجماع على أنه لا رفع في دعاء التشهد انتهى . قلت وفيه نظر لأثر ابن مسعود الذي تقدم قريبا

وفي المبسوط عن محمد بن الحنفية قال الدعاء أربعة : دعاء رغبة ففيه يجعل بطون كفيه إلى السماء ودعاء رهبة ففيه يجعل ظهر كفيه إلى وجهه كالمستغيث من الشيء ودعاء تضرع ففيه يعقد الخنصر والبنصر ويحلق الإبهام والوسطى ويشير بالسبابة ودعاء خفية وهو ما يفعله المرء في نفسه كذا في معراج الدراية

ولما رويناه يقنت (قبل الركوع في جميع السنة ولا يقنت في غير الوتر) وهو الصحيح لقول أنس قنت رسول الله صلى الله عليه و سلم في الصبح بعد الركوع يدعو على أحياء من العرب رعل وزكوان وعصية حين قتلوا القراء وهو سبعون أو ثمانون رجلا ثم تركه لما ظهر عليهم فدل على نسخه

وروى ابن أبي شيبة لما قنت علي رضي الله عنه في الصبح أنكر الناس عليه ذلك فقال إنما استنصرنا على عدونا

وفي الغاية : إن نزل بالمسلمين نازلة قنت الإمام في صلاة الجهر وهو قول الثوري وأحمد وقال جمهور أهل الحديث القنوت عند النوازل مشروع في الصلوات كلها اه

فعدم قنوت النبي صلى الله عليه و سلم في الفجر بعد ظفره بأولئك لعدم حصول نازلة تستدعي القنوت بعدها فتكون مشروعيته مستمرة وهو محمل قنوت من قنت من الصحابة رضي الله عنهم بعد وفاته صلى الله عليه و سلم وهو مذهبنا وعليه الجمهور وقال الإمام أبو جعفر الطحاوي رحمه الله تعالى إنما لا يقنت عندنا في الفجر من غير بلية فإن وقعت فتنة أو بلية فلا بأس به فعله رسول الله صلى الله عليه و سلم أي بعد الركوع كما تقدم

(والقنوت) من (معناه الدعاء) في الوتر (وهو) باللفظ الذي روي عن ابن مسعود (أن يقول اللهم) أي يا الله (إنا نستعينك) أي نطلب منك الإعانة على طاعتك (ونستهديك) أي نطلب منك الهداية لما يرضيك (ونستغفرك) أي نطلب منك ستر عيوبنا فلا تفضحنا بها (ونتوب إليك) التوبة الرجوع عن الذنب وشرعا الندم على ما مضى من الذنب والإقلاع عنه في الحال والعزم على ترك العود في المستقبل تعظيما لأمر الله تعالى فإن تعلق به حق لآدمي فلا بد من مسامحته وإرضائه (ونؤمن) أي نصدق معتقدين بقلوبنا ناطقين بلساننا فقلنا آمنا (بك) وبما جاء من عندك وبملائكتك وكتبك ورسلك وباليوم الآخر وبالقدر خيره وشره (ونتوكل) أي نعتمد (عليك) بتفويض أمورنا إليك لعجزنا (ونثني عليك الخير كله) أي نمدحك بكل خير مقرين بجميع آلائك إفضالا منك (نشكرك) بصرف جميع ما أنعمت به من الجوارح إلى ما خلقته لأجله سبحانك لك الحمد لا نحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك (ولا نكفرك) أي لا نجحد نعمة لك علينا ولا نضيفها إلى غيرك الكفر نقيض الشكر وأصله الستر يقال كفر النعمة إذا لم يشكرها كأنه سترها بجحد وقولهم كفرت فلانا على حذف مضاف والأصل كفرت نعمته ومنته ولا نكفرك (ونخلع) بثبوت حرف العطف أن نلقى ونطرح ونزيل ربقة الكفر من أعناقنا وربقة كل ما لا يرضيك يقال خلع الفرس رسنه ألقاه (ونترك) أي نفارق (من يفجرك) بجحده نعمتك وعبادته غيرك نتحاشى عنه وعن صفته بأن نفرضه عدما تنزيها لجنابك إذ كل ذرة في الوجود

شاهدة بأنك المنعم المتفضل الموجود المستحق لجميع المحامد الفرد المعبود والمخالف لهذا هو الشقي المطرود (اللهم إياك نعبد) عود للثناء وتخصيص لذاته بالعبادة أي لا نعبد إلا إياك إذ تقديم المفعول للحصر (ولك نصلي) أفردت الصلاة بالذكر لشرفها بتضمنها جميع العبادات (ونسجد) تخصيص بعد تخصيص إذ هو أقرب حالات العبد من الرب المعبود (وإليك نسعى) هو إشارة إلى قوله في الحديث حكاية عنه تعالى " من أتاني سعيا أتيته هرولة " والمعنى نجهد في العمل لتحصيل ما يقربنا إليك (ونحفد) نسرع في تحصيل عبادتك بنشاط لأن الحفد يعني السرعة ولذا سميت الخدم حفدة لسرعتهم في خدمة ساداتهم وهو بفتح النون ويجوز ضمها وبالحاء المهملة وكسر الفاء وبالدال المهملة يقال حفد وأحفد لغة فيه ولو أبدل الدال ذالا معجمة فسدت صلاته لأنه كلام أجنبي لا معنى له (نرجو) أي نؤمل (رحمتك) دوامها وإمدادها وسعة عطائك بالقيام لخدمتك والعمل في طاعتك وأنت كريم فلا تخيب راجيك (ونخشى عذابك) مع اجتنابنا ما نهيتنا عنه فلا نأمن مكرك فنحن بين الرجاء والخوف وهو إشارة إلى المذهب الحق فإن أمن المكر كفر كالقنوت من الرحمة وجمع بين الرجاء والخوف لأن شأن القادر أن يرجى نواله ويخاف نكاله وفي الحديث " **لا يجتمعان** في قلب عبد مؤمن إلا أعطاه الله ما يرجو وأمنه مما يخاف " فلإنعامك علينا بالإيمان وتوفيقك للعمل بالأركان ممتثلين لأمرك مقتصرين على القلب واللسان إذ هو طمع الكاذبين ذوي البهتان نعتقد ونقول (إن عذاب الجد) أي الحق وهو بكسر الجيم اتفاقا بمعنى الحق وهو ثابت في مراسيل أبي داود فلا يلتفت لمن قال أنه لا يقول الجد (بالكفار ملحق) أي لاحق بهم بكسر الحاء أفصح وقيل بفتحها يعني أن الله سبحانه وتعالى ملحقه بهم ولما روى النسائي بإسناد حسن أن في حديث القنوت (وصلى الله على النبي) صلينا عليه صلى الله عليه (و) على (آله وسلم) كما اختار الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى أنه يصلي في القنوت على النبي صلى الله عليه و سلم

(والمؤتم يقرأ القنوت كالإمام) على الأصح ويخفي الإمام والقوم على الصحيح لكن استحب للإمام الجهر في بلاد العجم ليتعلموه كما جهر عمر رضي الله عنه بالثناء حين قدم عليه وفد العراق ولذا فصل بعضهم إن لم يعلم القوم فالأفضل للإمام الجهر ليتعلموا وإلا فالإخفاء أفضل (وإذا شرع الإمام في الدعاء) وهو اللهم اهدنا الخ كما سنذكره (بعد ما تقدم) من قوله اللهم إنا نستعينك الخ (قال أبو يوسف رحمه الله يتابعونه ويقرؤونه معه) أيضا (وقال محمد لا يتابعونه) فيه ولا في القنوت الذي هو اللهم إنا نستعينك ونستغفرك (ولكن يؤمنون) على دعائه

والدعاء قال طائفة من المشايخ أنه لا توقيت فيه والأولى أن يقرأ بعد المتقدم قنوت الحسن بن علي رضي الله عنهما قال علمني رسول الله صلى الله عليه و سلم كلمات أقولهن في الوتر وفي لفظ في قنوت الوتر ورواه الحاكم وقال فيه إذا رفعت رأسي ولم يبق إلا السجود اللهم اهدني فيمن هديت وعافني فيمن عافيت وتولني فيمن توليت وبارك لي فيما أعطيت وقني شر ما قضيت إنك تقضي ولا يقضى عليك وإنه لا يذل من واليت تباركت وتعاليت وحسنه الترمذي وزاد البيهقي بعد واليت ولا يعز من عاديت وزاد النسائي بعد وتعاليت وصلى الله على النبي فهو كما ترى بصيغة الإفراد المروى عنه صلى الله عليه و سلم حال دعائه في قنوت الفجر لما كان يفعله قال الكمال ابن الهمام لكنهم أي المشايخ لفقوه من حديث في حق الإمام عام لا يخص القنوت فقالوه بنون الجمع أي اللهم اهدنا وعافنا وتولنا إلى أخره انتهى . قلت ومنهم صاحب

الدرر والغرر والبرهان (والدعاء) الذي قالوه (هو اللهم اهدنا) ورواية الحسن اهدني كما نبهنا عليها - أصل الهداية الرسالة والبيان كقوله تعالى : " وإنك لتهدي إلى صراط مستقيم " فأما قوله إنك لا تهدي من أحببت ولكن الله يهدي من يشاء فهي من الله تعالى التوفيق والإرشاد فطلب المؤمنين مع كونهم مهتدين بمعنى طلب التثبيت عليها أو بمعنى المزيد منها (بفضلك) لا وجوب عليك وهذه الزيادة ليست في قنوت الحسن اللهم اهدني (فيمن هديت) أي مع من هديته (وعافنا) العافية السلامة من الأسقام والبلايا والمحن والمعافاة أن يعافيك الله من الناس ويعافيهم منك (فيمن عافيت) أي مع من عافيته (وتولنا) من توليت الشيء إذا اعتنيت به ونظرت فيه بالمصلحة كما ينظر الولي في حال اليتيم لأنه سبحانه ينظر في أمور من تولاه بالعناية (فيمن توليت) أي مع من توليت أمره من عبادك المقربين (وبارك لنا فيما أعطيت) البركة الزيادة من الخير فطلب ترقيا على المقامين السابقين ثم رجع إلى مقام الخشية والجلال فقال (وقنا) من الوقاية وهي الحفظ بالعناية بدفع (شر ما قضيت) لالتجائنا إليك (إنك تقضي) بما شئت (ولا يقضي عليك) لأنك المالك الواحد لا شريك لك في الملك فنطلب موالاتك (لأنه لا يذل من واليت) لعزتك وسلطان قهرك (ولا يعز من عاديت) ذلك بأن تقدست وتنزهت فهي صفة خاصة لا تستعمل إلا لله (ربنا) أي سيدنا ومالكنا ومعبودنا ومصلحنا وقال البيضاوي تبارك الله تعالى شأنه في قدرته وحكمته فهو معنى (وتعاليت) - ووجه تقديم تباركت الاختصاص به سبحانه - (وصلى الله على) النبي (سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم) لما روينا

(ومن لم يحسن) دعاء (القنوت) المتقدم قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى (يقول اللهم اغفر لي) ويكررها (ثلاث مرات أو) يقول (ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار) في التجنيس هو اختيار مشايخنا (أو) يقول (يا رب يا رب يا رب) ثلاثا ذكره الصدر الشهيد فهذه ثلاثة أقوال مختارة (وإذا اقتدى بمن يقنت في الفجر) كشافعي (قام معه في) حال (قنوته ساكتا في الأظهر) لوجوب متابعته في القيام ولكن عندهما يقوم ساكتا وقال أبو يوسف يقرؤه معه لأنه تبع للإمام والقنوت مجتهد فيه فصار كتكبيرات العيدين والقنوت في الوتر بعد الركوع (ويرسل يديه في جنبيه) لأنه ذكر ليس مسنونا (وإذا نسي القنوت في) ثالثة (الوتر وتذكره في الركوع أو) في (الرفع منه) أي من الركوع (لا يقنت) على الصحيح لا في الركوع الذي تذكر فيه ولا بعد الرفع منه ويسجد للسهو (ولو قنت بعد رفع رأسه من الركوع لا يعيد الركوع ويسجد للسهو لزوال القنوت عن محله الأصلي) وتأخير الواجب (ولو ركع الإمام قبل فراغ المقتدي من قراءة القنوت أو قبل شروعه فيه وخاف فوت الركوع) مع الإمام (تابع إمامه) لأن اشتغاله بذلك يفوت واجب المتابعة فتكون أولى وإن لم يخف فوت المشاركة في الركوع يقنت جمعا بين الواجبين (ولو ترك الإمام القنوت يأتي به المؤتم إن أمكنه مشاركة الإمام في الركوع) لجمعه بين الواجبين بحسب الإمكان (وإن) كان (لا) يمكنه المشاركة (تابعه) لأن متابعته أولى (ولو أدرك الإمام في ركوع الثالثة من الوتر كان مدركا للقنوت) حكما (فلا يأتي به فيما سبق به) كما لو قنت المسبوق معه في الثالثة أجمعوا أنه لا يقنت مرة أخرى فيما يقضيه لأنه غير مشروع وعن أبي الفضل تسويته بالشاك وسيأتي في سجود السهو (ويوتر بجماعة) استحبابا (في رمضان فقط) عليه إجماع المسلمين لأنه نقل من وجه والجماعة في النقل في غير التراويح مكروهة فالاحتياط تركها في الوتر خارج رمضان وعن شمس الأئمة أن هذا فيما كان على سبيل التداعي أما لو اقتدى واحد بواحد أو اثنان بواحد لا يكره وإذا اقتدى ثلاثة بواحد اختلف فيه وإذا اقتدى أربعة

بواحد كره اتفاقا (وصلاته) أي الوتر (مع الجماعة في رمضان أفضل من أدائه منفردا آخر الليل في اختيار قاضيخان قال) قاضيخان رحمه الله (هو الصحيح) لأنه لما جازت الجماعة كان أفضل ولأن عمر رضي الله عنه كان يؤمهم في الوتر (وصححه غيره) أي غير قاضيخان (خلافه) قال في النهاية حكاية هذا واختار علماؤنا أن يوتر في منزله لا بجماعة لعدم اجتماع الصحابة على الوتر بجماعة في رمضان لأن عمر رضي الله تعالى عنه كان يؤمهم فيه وأبي بن كعب كان لا يؤمهم وفي الفتح والبرهان ما يفيد أن قول قاضيخان أرجح لأنه صلى الله عليه و سلم أوتر بهم فيه ثم بين عذر الترك وهو خشية أن يكتب علينا قيام رمضان وكذا الخلفاء الراشدون صلوه بالجماعة ومن تأخر عن الجماعة فيه أحب صلاته آخر الليل والجماعة إذ ذاك متعذرة فلا يدل على أن الأفضل فيه ترك الجماعة أول الليل انتهى . وإذا صلى الوتر قبل النوم ثم تهجد لا يعيد الوتر لقوله صلى الله عليه و سلم " لا وتران في ليلة " ." (١)

" سيأتي في حد القذف فإن أكذب قبله ينظر فإن لم يطلقها قبل الإكذاب فكذلك وإن أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد ولا لعان أطلقه فشمل ما إذا اعترف به وما إذا أقيمت عليه بينة أنه أكذب نفسه وشمل الإكذاب صريحا وضمنا ولهذا لو مات الولد المنفي عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويحد كما في البحر وحل له أي الزوج المحدود أن يتزوجها أي الزوجة الملاعنة بعد الإكذاب لارتفاع حكم اللعان بتكذيب نفسه وإطلاقه يشمل ما إذا حد أو لم يحد فتقييد الزيلعي الحل بالحد اتفاقي وكذا إذا كذبت نفسها فصدقته خلافا لأبي يوسف وزفر والأئمة الثلاثة لقوله عليه الصلاة والسلام المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا وجوابه ما داما متلاعنين كما يقال المصلي لا يتكلم أي ما دام مصليا

وكذا يحل له أن يتزوجها إن قذف غيرها رجلا أو امرأة فحد حدا واحدا لأن الحد يتداخل فبحد قذف غيرها سقط حد قذفها أو زنت فحدت أي زنت بعد التلاعن فحدت بأن كان التلاعن قبل الدخول فزنت بعد اللعان

." (٢)

" المجاز إجماعا كما إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة وإن كانت له حقيقة مستعملة يحمل على الحقيقة إجماعا كمن حلف لا يأكل لحما وإن كانت له حقيقة مستعملة ومجاز متعارف فعنده يحمل على الحقيقة وعندهما يحمل عليهما لا بطريق الجمع بين الحقيقة والمجاز ولكن بمجاز يعم أفرادهما وهو الأصح

وإن قال لا يشرب من ماء دجلة حنث بالإناء اتفاقا لأن اليمين عقدت على الماء دون النهر وفيه إشارة إلى أنه إذا شرب من فوق رأسه الماء حنث وإلى أنه حلف على نهر بعينه فشرب من نهر أخذ منه كرعا أو اعترافا لم يحنث ولو حلف من ماء هذا النهر فشرب من نهر أخذ منه حنث

وفي الشمني ولو حلف لا يشرب ماء فراتا أو من ماء فرات يحنث بكل ماء عذب في أي موضع كان

---

(١) مراقي الفلاح، ص/١٦٣

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١٣٤/٢

وكذا في الجب والبئر أي حلف لا يشرب من هذا الجب أو من هذه البئر يحنث بشربه بالإناء إجماعا لأنه لا يمكن فيه الكرع فتعين المجاز وإن كان يمكن الكرع فعلى الخلاف ولو تكلف فشرب بالكرع فيما لا يمكن الكرع لا يحنث لأن الحقيقة والمجاز **لا يجتمعان**

وفي الاختيار هذا في البئر وأما في الحب إن كان ملآنا يمكن الشرب منه لا يحنث إلا بالكرع عنده كما في النهر وفي الإناء بعينه أي لو حلف لا يشرب من هذا الإناء فهو على الشرب بعينه لأنه المتعارف فيه وإمكان البر ورجاء الصدق عند الطرفين شرط صحة انعقاد الحلف المطلق والمقيد سواء كان قسما أو غيره خلافا لأبي يوسف فإن اليمين عقد فلا بد له من محل ومحله عنده خبر في المستقبل سواء كان الحالف قادرا عليه أو لا كمسألة مس السماء وعندهما محل اليمين خبر في رجاء الصدق لأن محل الشيء ما يكون قابلا

". (١)

" الريع مع إمكان تحصيله هذا إذا تمكن المالك من الزراعة ولم يزرعها أما إذا عجز من الزراعة فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وإن شاء آجرها وأخذ الخراج من أجرتها وإن شاء زرعها بنفقة من بيت المال فيأخذ الخراج من نصيب صاحبها وإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج ولا يتغير خراجها إن أسلم مالكها أو اشتراها مسلم لما روي أن الصحابة رضي الله تعالى عنهم اشتروا الأرض الخراجية وأدوا الخراج ولا عشر في خارج أرض الخراج لأنها مع الخراج والعشر **لا يجتمعان** عندنا وعند الأئمة الثلاثة يجب العشر كوجوب الخراج ولا يتكرر خراج الوظيفة بتكرر الخارج في سنة لأن عمر رضي الله تعالى عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر وخراج المقاسمة لأنهما يتكرران لتعلقهما بالخارج حقيقة وفي البحر لو وهب

". (٢)

" الكتمان فصار كالأمر به بل آكد ولهذا أسند الإثم إلى الآلة التي وقع بها الفعل وهو القلب لما عرف أن إسناد الفعل إلى محله أقوى من الإسناد إلى كله فقوله أبصرته بعيني آكد من قولهم أبصرته وإسناده إلى أشرف الجوارح دليل على أنه أعظم الجرائم بعد الكفر ثم أداء الشهادة إنما يجب إذ كان موضع الشاهد قريبا من موضع القضاء وإن كان بعيدا بحيث لا يمكن أن يجيء إلى القاضي ويرجع بعده في يومه هذا إلى منزله لا يأثم بتركها ولو كان شيخا كبيرا لا يقدر على المشي يجوز له الركوب على مركب المدعي وإلا فلا

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣٠٠/٢

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٤٦٧/٢

وفي البحر لو شهد عند الشاهد عدلان أن المدعي قبض دينه أو أن الزوج طلقها ثلاثا أو أن المشتري أعتق العبد أو أن الولي عفا عن القاتل لا يسعه أن يشهد بالدين والنكاح والبيع والقتل إلا أن يقوم الحق بغيره بأن يكون في الصك سواه ممن يقوم به الحق فحينئذ لا يفترض لأن الحق لا يضيع بامتناعه ولأنها فرض كفاية

وفي الدرر ثم إنه إنما يأثم إذا علم أن القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الأداء وإن علم أن القاضي لا يقبل شهادته أو كانوا جماعة فأدى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت لا يأثم وإن أدى غيره ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد إذا كان ممن تقبل شهادته لأن امتناعه يؤدي إلى تضييع الحق قال شيخ الإسلام لو أخر الشاهد الشهادة بعد الطلب بلا عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتمكن التهمة

وسترها أي ستر الشهادة في الحدود أفضل من أدائها يعني أنه يخير بين أن يظهرها لما فيه من إزالة الفساد أو قلته وبين أن يسترها وهو أحسن لقوله عليه الصلاة والسلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك

وفي الحديث من ستر على مسلم ستر الله تعالى عليه في الدنيا والآخرة وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام لقن المقر بالزناء لدرء الحد عنه فشهر وكفى به قدوة وكذلك نقل عن الخلفاء الراشدين وأما قوله تعالى ومن يكتمها فإنه آثم قلبه فذلك في حقوق العباد وفي البحر تفصيل فليطالع

ويقول الشاهد في شهادة السرقة أشهد أنه أخذ ماله لئلا يلزم ترك الواجب لا سرق للتحرز عن وجوب الحد وضياع المال لأن القطع والضمان **لا يجتمعان** فاعتبر في السرقة الستر مع الشهادة

". (١)

" المستأجر وفيه إشارة إلى أنه لو قال عند العقد استأجرت هذه الدار للسكنى ليس له أن يعمل فيها غير السكنى كما في القهستاني سوى ما يوهن البناء كالحدادة والقصارة والطحن من غير رضى المالك أو اشتراطه ذلك في عقد الإجارة لأن هذه الأشياء توهن البناء والمراد رحى الثور والماء لا رحى اليد فإنه لا يمنع من النصب فيه ولو انهدم البناء بهذه الأشياء وجب عليه الضمان لأنه متعد فيها ولا أجر عليه لأن الضمان والأجر **لا يجتمعان** وإن لم ينهدم وجب عليه الأجر استحسانا والقياس أن لا يجب ولو اختلفا في اشتراط ذلك كان القول للمؤجر لأنه لو أنكر الإجارة كان القول له فكذا إذا أنكر نوعا من الانتفاع ولو أقاما البينة كانت بينة المستأجر أولا لأنها تثبت الزيادة

و صح استئجار الأرض للزرع إن بين المستأجر ما يزرع لجريان العادة باستئجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الإجماع عليها غير أن ما يزرع فيها يتفاوت فلا بد من بيانه أو قال على أن يزرع فيها ما شاء كي لا يفضي إلى المنازعة ولم يبين ما يزرع فيها أو لم يقل على أن يزرع فيها ما يشاء فسدت الإجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة في القياس كما إذا اشترى بخمر أو خنزير

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢٥٩/٣

وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا وللمستأجر الشرب والطريق بخلاف البيع

وفي القنية استأجر أرضا سنة على أن يزرع فيها ما شاء فله أن يزرع زرعين ربيعيا وخريفيا

وفي التنوير آجرها وهي مشغولة بزرع غيره إن كان الزرع بحق لا تجوز ما لم يستحصد إلا أن يؤجرها مضافة إلى المستقبل وإن بغير حق صحت

و صح استئجار الأرض للبناء والغرس أي غرس الأشجار لأن كل واحد منهما نفع مقصود بالإجارة وإذا انقضت المدة أي مدة الإجارة طويلة كانت أو غير طويلة لزمه أي المستأجر أن يقلعهما أي البناء والغرس ويسلمها أي الأرض حال كونها فارغة عنهما لأنه ليس لهما نهاية معلومة حتى يتركا إليها وفي تركها على الدوام ضرر

". (١)

" وعند زفر الشرطان فاسدان وهو قول الأئمة الثلاثة لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه والتوسيع فيجتمع في كل يوم تسميتان

ولو قال إن سكنت بالتشديد من باب التفعيل ويجوز أن يكون سكنت بالتخفيف من الثلاثي فعلى هذا يكون قوله عطارا أو حدادا حالا ويكون المعنى إن سكنت هذا الحانوت حال كونك عطارا أو حال كونك حدادا هذا الحانوت عطارا فبدرهم أو سكنت حدادا فبدرهمين جاز عند الإمام لأنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والجهالة في العمل ترتفع عند المباشرة خلافا لهما أي قالا لا يجوز لأن المعقود عليه واحد والأجران مختلفان ولا يدري أيهما يجب فلا يجوز وبه قال زفر والأئمة الثلاثة وكذا الخلاف بين الإمام وصاحبيه

لو قال إن ذهبت بهذه الدابة الباء للتعدية إلى الحيرة فبدرهم وإن جاوزتها أي الحيرة منتهيا إلى القادسية فبدرهمين أو قال إن حملت عليها إلى الحيرة كر شعير فبدرهم وإن حملت كر بر فبدرهمين فالعقد جائز فيها عند الإمام لما مر أنه خير بين عقدين صحيحين مختلفين كما في مسألة الخياطة الرومية والفارسية وعندهما لا يجوز وبه قال زفر والأئمة الثلاثة لأن المعقود عليه أحد الشيئين وكذا الأجر وهو مجهول والجهالة توجب الفساد

ولا يجوز أن يسافر المستأجر بعبد استأجره للخدمة بلا اشتراطه أي بلا اشتراط السفر لأن في خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق وعليه عرف الناس فانصرف إلى الحضر بخلاف العبد الموصى بخدمة حيث لا يتقيد بالحضر لأن مؤنته عليه ولم يوجد العرف في حقه إلا إذا شرط ذلك أو كان وقت الإجارة متهيئا للسفر وعرف بذلك فيجوز ولو سافر المستأجر بالعبد المتأجر ضمن قيمته لمالكه إذا هلك لأنه صار غاصبا ولا أجر عليه وإن سلم لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان**

ولو استأجر عبدا محجورا فعمل العبد وأخذ الأجر لا يسترده منه أي لا يسترد المستأجر ما دفعه إليه لعمله من العبد المحجور لأن هذه

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٥٢٢/٣

". (١)

" تسليمها المولى إليه ذكر هذا القيد في الخانية ولا بد منه كي لا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح بالشراء فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء قيل لا يكفي القبض بل يشترط أن يطأ الزوج قبل الشراء لأن ملك النكاح لا يجتمع مع ملك اليمين فلا توجد الأمة عند الشراء منكوحة ولا معتدة فيجب الاستبراء لتحقق سببه وهو استحداث حل الوطء بملك اليمين أما إذا وطئها تصير معتدة فلا يجب الاستبراء

وإن كانت تحته حرة فأن يزوجها البائع إلى شخص ممن يثق به قبل البيع أو يزوجها المشتري بشرط أن يكون أمرها بيدها بعد البيع أي بيع البائع منه قبل القبض ثم يطلق الزوج قبل الدخول بعد الشراء والقبض إن كان التزويج من البائع قبل البيع أو بعد القبض إن كان التزويج من المشتري بعد البيع قبل القبض يعني الحيلة أن ينكحها البائع قبل شراء المشتري رجلا عليه اعتماد أن يطلقها ثم يشتري المشتري ثم يطلق الزوج فإنه لا يجب الاستبراء لأنه اشترى منكوحة الغير ولا يحل وطؤها فلا استبراء فإذا طلقها الزوج قبل الدخول حل على المشتري وحينئذ لم يوجد حدوث الملك فلا استبراء أو ينكحها المشتري قبل القبض ذلك الرجل ثم يطلقها الزوج فإن الاستبراء يجب بعد القبض وحينئذ لا يحل الوطء فإذا حل بعد طلاق الزوج لم يوجد حدوث الملك

ومن ملك أمتين **لا يجتمعان** والجملة صفة أمتين كما في الفرائد لكن في القهستاني والجملة حال لا صفة بحذف اللتين فإنه مما اختلف فيه ولم يجوزه البصرية نكاحا كأختين أو بنت وأمها نسبا أو رضاعا فله أي للمالك وطء إحداهما فقط لا وطؤهما ودواعيه أي دواعي وطء تلك الواحدة فقط دون وطء الأخرى ودواعيه كالتقبيل بشهوده والمس بها فإن وطئهما أو فعل بهما شيئا من الدواعي حرم عليه وطء كل منهما ودواعيه حتى يحرم إحداهما بتمليك أو نكاح صحيح لآخر أو عتق

". (٢)

" الطرفين

وقال أبو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولو أوصى إلى رجلين ثم إن أحدهما تصرف في المال غير الأشياء المعدودة ثم أجاز صاحبه فإنه يجوز ولا يحتاج إلى تجديد العقد كذا في الجوهرة ثم إن ما ذكره في الجوهرة من الأشياء المعدودة التي يجوز لأحد الوصيين الانفراد بالتصرف فيها ما استثناه بقوله إلا بشراء كفن وتجهيز فإنه لا يبتنى على الولاية وربما يكون أحدهما غائبا ففي اشتراط اجتماعهما فساد الميت ألا يرى أنه لو فعله عند الضرورة جيرانه جاز وخصومة في حقوقه لأنهما

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٥٥١/٣

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢١٠/٤

لا يجتمعان عليها عادة ولو اجتمعا لا يتكلم إلا أحدهما غالبا على أنهما لو تكلما حال الخصومة معا ربما لم يفهم القاضي دعواهما لاختلاط كلام أحدهما بالآخر ولهذا ينفرد بهما أحد الوكيلين أيضا وقضاء دين كان على الميت وطلبه أي الدين الذي له على الغير وشراء حاجة الطفل لأن في تأخيره خوف لحوق الضرر به كخوف الهلاك من الجوع والعري وقبول الهبة له أي للطفل فإنه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الأم وكل من هو في يده ورد وديعة معينة وتنفيذ وصية معينة وإعتاق عبد معين لعدم الاحتياج إلى الرأي في ذلك كله بخلاف ما إذا لم تكن المذكورات معينة فربما احتيج فيها إلى الرأي فلا ينفرد أحدهما بذلك دون الآخر ورد مغصوب فيجوز لأحد الوصيين الانفراد برده دون الآخر ولم يقيدوا المغصوب بكونه معينا ولم يبينوا السر في إطلاقه عن التقييد ووجهه غير ظاهر فتأمل أو مشرى شراء فاسدا فلكل واحد منهما أن ينفرد برده لما تقدم من عدم الاحتياج إلى الرأي وجمع أموال ضائعة وحفظ المال لأن في التأخير إلى اجتماعهما خوف الفوات وبيع ما يخاف تلفه إذ يسرع إليه الفساد ففي التأخير إلى الاجتماع ضرر بين هذا عند الطرفين وعند أبي يوسف يجوز الانفراد كل واحد منهما مطلقا ولا يختص الانفراد بالأشياء المعدودة لأن الإيصاء من باب الولاية إذا ثبت لاثنين شرعا تثبت لكل واحد كاملا على الانفراد كالأخوين في ولاية الإنكاح

(١) ".

"الثَّانِيَةُ : الْكَفَالَةُ بَعْدَ الْكَفَالَةِ صَحِيحَةٌ لِزِيَادَةِ التَّوْثِيقِ ، بِخِلَافِ الْحَوَالَةِ فَإِنَّهَا نَقْلٌ فَلَا يَجْتَمِعَانِ كَمَا فِي التَّلْقِيحِ

وَأَمَّا الْإِجَارَةُ بَعْدَ الْإِجَارَةِ مِنْ الْمُسْتَأْجِرِ الْأَوَّلِ ؛ فَالثَّانِيَةُ فَسْخٌ لِلْأُولَى ، كَمَا فِي الْبَزَّازِيَّةِ .

التَّخْلِيَةُ تَسْلِيمٌ إلَّا فِي مَسَائِلَ :

الْأُولَى : قَبْضُ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ قَبْلَ النَّقْدِ بِلَا إذْنِ الْبَائِعِ ثُمَّ خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْبَائِعِ لَا يَكُونُ رَدًّا لَهُ .

الثَّانِيَةُ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ عَلَى مَا صَحَّحَهُ الْعِمَادِيُّ . وَصَحَّحَ قَاضِي خَانْ أَنَّهَا تَسْلِيمٌ فِي الْهِبَةِ الْفَاسِدَةِ اتِّفَاقًا .

الرَّابِعَةُ : فِي الْهِبَةِ الْجَائِزَةِ فِي رِوَايَةِ خِيَارِ الشَّرْطِ يَثْبُتُ فِي ثَمَانٍ : الْبَيْعُ ، وَالْإِجَارَةُ ، وَالْقِسْمَةُ ، وَالصُّلْحُ عَنْ مَالٍ ، وَالْكِتَابَةُ وَالرَّهْنُ لِلرَّاهِنِ وَالْخُلْعُ لَهَا ،وَالْإِعْتَاقُ عَلَى مَالٍ لِلْقِنِّ لَا لِلسَّيِّدِ وَلِلزَّوْجِ .

هَكَذَا فِي فُصُولِ الْعِمَادِيِّ مَعْزِيًّا إلَى الْأُسْرُوشَنِيِّ نَقْلًا عَنْ بَعْضِهِمْ ، وَتَبِعَهُمَا فِي جَامِعِ الْفُصُولَيْنِ .

وَزِدْت عَلَيْهَا فِي الشَّرْحِ سَبْعًا أُخْرَى فَصَارَتْ خَمْسَ عَشْرَةَ :

الْكَفَالَةُ ، وَالْحَوَالَةُ ، كَمَا فِي الْبَزَّازِيَّةِ ،وَالْإِبْرَاءُ عَنْ الدَّيْنِ ، كَمَا فِي أُصُولِ فَخْرِ الْإِسْلَامِ مِنْ بَحْثِ الْهَزْلِ ، وَالتَّسْلِيمُ لِلشُّفْعَةِ بَعْدَ الطَّلَبِ ، كَمَا ذَكَرَهُ أَيْضًا مِنْهُ ،وَالْوَقْفُ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ ،وَالْمُزَارَعَةُ وَالْمُعَامَلَةُ إلْحَاقًا لَهُمَا بِالْإِجَارَةِ

وَلَا يَدْخُلُ الْخِيَارُ فِي سَبْعَةٍ : النِّكَاحِ ، وَالطَّلَاقِ إلَّا الْخُلْعَ لَهَا ، وَالْيَمِينِ ، وَالنَّذْرِ ، وَالْإِقْرَارِ إلَّا الْإِقْرَارَ بِعَقْدٍ يَقْبَلُهُ وَالصَّرْفِ ، وَالسَّلَمِ .

يُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ قَبْلَ الِافْتِرَاقِ فِي الصَّرْفِ فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَهُ بَطَلَ الْعَقْدُ إلَّا فِيمَا إذَا اسْتَهْلَكَ رَجُلٌ بَدَلَ الصَّرْفِ قَبْلَ الْقَبْضِ

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٤/٤٥٧

وَاخْتَارَ الْمُشْتَرِي إتْبَاعَ الْجَانِي ، وَتَفَرَّقَ الْعَاقِدَانِ قَبْلَ قَبْضِ الْقِيمَةِ مِنْ الْمُتْلِفِ فَإِنَّ الصَّرْفَ لَا يَفْسُدُ عِنْدَهُمَا ، خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ كَمَا فِي الْجَامِعِ

الْبَيْعُ لَا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ فِي اثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ مَوْضِعًا

شَرْطُ رَهْنٍ وَكَفِيلٍ وَإِحَالَةٍ مَعْلُومَيْنِ ، وَإِشْهَادٍ ، وَخِيَارٍ ، وَنَقْدِ ثَمَنٍ إلَى ثَلَاثَةٍ ، وَتَأْجِيلِ الثَّمَنِ إلَى مَعْلُومٍ ، وَبَرَاءَةٍ مِنْ الْعُيُوبِ ، وَقَطْعِ الثِّمَارِ الْمَبِيعَةِ ، وَتَرْكِهَا عَلَى النَّخِيلِ بَعْدَ إدْرَاكِهَا عَلَى الْمُفْتَى بِهِ ، وَوَصْفٍ مَرْغُوبٍ فِيهِ ، وَعَدَمِ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ حَتَّى يَتَسَلَّمَ الثَّمَنَ ، وَرَدِّهِ بِعَيْبٍ وُجِدَ ، وَكَوْنِ الطَّرِيقِ." (١)

"وَيَنْبَغِي أَنْ يُعْتَبَرَ يَوْمُ الْقَضَاءِ بِهِ أَوْ التَّرَاضِي لِمَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّهُ لَا يَعُودُ إلَى مِلْكِ الزَّوْجِ النِّصْفَ إلَّا بِأَحَدِهِمَا إذَا كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ فَهَذِهِ تِسْعَةَ عَشَرَ مَوْضِعًا فَاغْتَنِمْهَا

الْكَلَامُ فِي أُجْرَةِ الْمِثْلِ

تَجِبُ فِي مَوَاضِعَ ؛ أَحَدُهَا الْإِجَارَةُ فِي صُوَرٍ : مِنْهَا الْفَاسِدَةُ ، وَمِنْهَا : لَوْ قَالَ لَهُ الْمُؤَاجِرُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ إنْ فَرَّغْتَهَا الْيَوْمَ وَإِلَّا فَعَلَيْك كُلُّ شَهْرٍ كَذَا ، وَقِيلَ : يَجِبُ الْمُسَمَّى .

وَمِنْهَا : لَوْ قَالَ مُشْتَرِي الْعَيْنِ لِلْأَجِيرِ اعْمَلْ كَمَا كُنْت وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْأَجْرِ ، بِخِلَافِ مَا إذَا عَلِمَ فَإِنَّهُ يَجِبُ .

وَمِنْهَا : لَوْ عَمِلَ لَهُ شَيْئًا وَلَمْ يَسْتَأْجِرْهُ وَكَانَ الصَّانِعُ مَعْرُوفًا بِتِلْكَ الصَّنْعَةِ وَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَبِهِ يُفْتَى .

وَمِنْهَا : فِي غَصْبِ الْمَنَافِعِ إذَا كَانَ الْمَغْصُوبُ مَالَ يَتِيمٍ أَوْ وَقْفًا أَوْ مُعَدًّا لِلِاسْتِغْلَالِ عَلَى الْمُفْتَى بِهِ .

وَلَيْسَ مِنْهَا لِمَا إذَا خَالَفَ الْمُسْتَأْجِرُ الْمُؤَجِّرَ إلَى شَرْطٍ بِأَنْ حَمَلَ أَكْثَرَ مِنْ الْمَشْرُوطِ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ أَجْرُ مَا زَادَ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ وَالْأَجْرَ لَا يَجْتَمِعَانِ .

وَمِنْهَا : إذَا فَسَدَتْ الْمُسَاقَاةُ وَالْمُزَارَعَةُ كَانَ لِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ .

وَمِنْهَا : إذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ وَفِي الْأَرْضِ زَرْعٌ ، فَإِنَّهُ يُتْرَكُ بِأَجْرِ الْمِثْلِ إلَى أَنْ يَسْتَحْصِدَهُ .

وَمِنْهَا : إذَا فَسَدَتْ الْمُضَارَبَةُ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ إلَّا فِي مَسْأَلَةٍ ذَكَرْنَاهَا فِي الْفَوَائِدِ .

وَمِنْهَا : عَامِلُ الزَّكَاةِ يَسْتَحِقُّ أَجْرَ مِثْلِ عَمَلِهِ بِقَدْرِ مَا يَكْفِيهِ وَيَكْفِي أَعْوَانَهُ

وَفَائِدَتُهُ أَنَّ الْمَأْخُوذَ أَجْرُهُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَعْمَلْ ؛ بِأَنْ حَمَلَ أَرْبَابُ الْأَمْوَالِ أَمْوَالَهُمْ إلَى الْإِمَامِ ، فَلَا أَجْرَ لَهُ .

وَمِنْهَا : النَّاظِرُ عَلَى الْوَقْفِ ، إذَا لَمْ يَشْتَرِطْ لَهُ الْوَاقِفُ ، فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِ عَمَلِهِ حَتَّى لَوْ كَانَ الْوَقْفُ طَاحُونَةً يَسْتَغِلُّهَا الْمُوقِفُ عَلَيْهِمْ ؛ فَلَا أَجْرَ لَهُ فِيهَا كَمَا فِي الْخَانِيَّةِ .وَهَذَا إذَا عَيَّنَ الْقَاضِي لَهُ أَجْرًا .فَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ لَهُ وَسَعَى فِيهِ سَنَةً فَلَا شَيْءَ لَهُ ، كَذَا فِي الْقُنْيَةِ ثُمَّ ذَكَرَ بَعْدَهُ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ لَهُ الْقَاضِي ، وَلَا يَجْتَمِعُ لَهُ أَجْرُ النَّظَرِ وَالْعِمَالَةِ لَوْ عَمِلَ مَعَ الْعَمَلَةِ (انْتَهَى) .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/٢١٠

وَمِنْهَا : الْوَصِيُّ إذَا نَصَّبَهُ الْقَاضِي وَعَيَّنَ لَهُ أَجْرًا بِقَدْرِ أُجْرَةِ مِثْلِهِ جَازَ .
وَأَمَّا وَصِيُّ الْمَيِّتِ فَلَا أَجْرَ لَهُ عَلَى الصَّحِيحِ كَمَا فِي الْقُنْيَةِ .." (١)

"رجل تكارى إبلا مسمى بغير عينها من كوفة إلى مكة بأجر معلوم ذكر في الكتاب أنه يجوز قالوا لم يرد بهذا أن يؤجر إبلا بغير عينها فان ذلك لا يجوز وإنما أراد به أن ينقل المكاري الحمولة فقال له المستكري احملني إلى مكة على إبل فيكون المعقود عليه في الذمة وبعضهم أجروا الجواب على إطلاق الكتاب وجوزوا ذلك لمكان العادة * رجل استأجر دابة ليطحن بها كل يوم بدرهم وبين ما يطحن من الحنطة أو الشعير ونحو ذلك ذكر في الكتاب أنه يجوز وإن لم يبين مقدار ما يطحن وهكذا قال بعض المشايخ وقال الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده لا بد من بيان مقدار ما يطحن كل يوم وعليه الفتوى *رجل اكترى إبلا من بخارا إلى بغداد أو للحج ثم اختلفا في وقت الخروج من بخارا فالقول في ذلك قول من يريد الخروج في الوقت المعروف للخروج لأهل بخارا * رجل اكترى إبلا من الكوفة إلى مكة للحج ذاهبا وجائيا كان له أن يركبها يوم التروية ويوم عرفة ويوم النحر وثلاثة أيام التشريق *رجل استأجر أجيرا يوما ليعمل له كذا قالوا إن كان العرف بينهم أنهم يعملون من طلوع الشمس إلى العصر فهو على ذلك وإن كان العرف أنهم يعملون من طلوع الشمس إلى غروب الشمس فهو على ذلك وإن كان العرف مشتركا فهو على طلوع الشمس إلى غروبها اعتبارا لذكر اليوم * رجل استأجر بعيرا للحمل فحمل البعير في العرف هو الوسق وهو بالأمناء مائتان وأربعون منا *رجل استأجر دابة إلى سمرقند أو غيرها من الأمصار فإذا دخلها كان له أن يأتي بها إلى منزله استحسانا* رجل أستأجر دابة أو عبدا فان مؤنة الرد بعد الفراغ على صاحب الدابة والعبد وكذا مؤنة رد الرهن تكون على الراهن ومؤنة رد الوديعة على صاحبها ومؤنة رد المستعار على المستعير ومؤنة رد الغصب تكون على الغاصب وكذا مؤنة رد المبيع بيعا فاسدا بعد الفسخ تكون على القابض* رجل استأجر دابة ليحمل عليها حملا مقدرا وحمل ثم أراد صاحب الدابة أن يضع عليها شيئا من متاعه مع حمل المستأجر كان للمستأجر أن يمنعه فان وضع مع ذلك وبلغت الدابة إلى الموضع الذي سماه كان على المستأجر جميع الأجر المسمى وليس هذا كصاحب الدار إذا شغل بعض الدار المستأجرة سقطت حصة ذلك الموضع الذي شغله صاحب الدار من الأجر *رجل استأجر دابة وقبضها كان له أن يؤاجرها ويعيرها ويودعها هكذا قال في الكتاب وهذا إنما يستقيم فيما لا يتفاوت فيه الناس أما إذا استأجرها لركوب نفسه ليس له أن يركب غيره *رجل استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم فركب وحمل مع نفسه حملا فعطبت الدابة يضمن من قيمتها مقدار الزيادة وطريق معرفة مقدار الزيادة الرجوع إلى أهل البصر أن هذا الحمل كم يزيد على ركوبه في الثقل هذا إذا ركب ووضع الحمل في غير الموضع الذي يركب وأن ركب على موضع الحمل يضمن جميع القيمة *رجل استأجر دابة ليذهب بها إلى موضع كذا فركبها في المصر في حوائجه يكون مخالفا حتى لو عطبت الدابة من ركوبه يضمن قيمتها *رجل استكرى دابة لمسيرة فرسخ فسار عليها سبعة فراسخ كان عليه الأجر المسمى للفرسخ وفيما زاد على الفرسخ يكون غاصبا ولا أجر عليه وإن أرضى المستأجر صاحب الدابة بشيء كان أفضل *رجل استأجر حمارا ليحمل عليه وقر حنطة إلى المدينة فحمل عليها الحنطة إلى المدينة فلما انصرف من المدينة حمل في انصرافه على الحمار قفيزا من

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/٣٦٥

ملح فمرض الحمار[٣٤٥] في الطريق وهلك يضمن قيمة الحمار إذا حمل عليه الملح بغير إذنه *و لو إستأجر دابة ليحمل عليها حنطة من موضع معلوم إلى منزله يوما إلى الليل فكان يحمل الحنطة إلى منزله وفي الذهاب إلى موضع الحنطة ثانيا يركب الدابة فعطبت الدابة قال بعضهم يضمن قيمة الدابة لأنه استأجرها للحمل دون الركوب فيصير غاصبا بالركوب* وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى لا يضمن لان العادة فيما بين الناس الركوب في هذا الموضع حتى لو لم يكن ذلك عادة لهم كان ضامنا *رجل استأجر حمارا ليحمل عليه اثني عشر وقرا من التراب إلى أرضه بدرهم وصاحب الدابة يعرف أرضه فكلما عاد المستأجر من أرضه يحمل عليه وقرا من اللبن إن سلمت الدابة حتى فرغ من العمل وجب الأجر ولا يجب الضمان وان هلك الحمار وقالوا إن هلك في الرجوع مع اللبن يضمن قيمة الحمار ولا يجب الأجر لأنهما **لا يجتمعان** قال المصنف رحمه الله تعالى وعندي يجب نصف دانق للوقر الأول مع قيمته لأنه لم يكن غاصبا في ذلك الوقت وإنما صار غاصبا بعده فيجب الأجر للوقر الأول كما في مسألة الفراسخ وبعد ما صار غاصبا لا يجب الأجر إذا هلك الحمار وأن سلم يجب كل الأجر لأنه وإن صار مخالفا لكن إذا سلمت الدابة يجب الأجر كما لو استأجر دابة إلى موضع معين فجاوز ذلك الموضع وهلكت يضمن قيمتها وإن سلمت الدابة يجب تمام الأجر * وكذا لو استأجر دابة ليركبها بنفسه فركبها وأردف غيره فعطبت الدابة يضمن نصف القيمة وعليه نصف الأجر إن كانت الدابة تطيق ذلك وان سلمت كان عليه كل الأجر *رجل استأجر دابة للركوب إلى الكوفة فجاوز." (١)

"على أن المرور في أرض الغير بغير اذنه هل يباح اختلفوا فيه قال الفقيه إن علم أن المالك أحدثه حل وإن علم أنه غصب حرم وعن الامام الأعظم رحمه الله تعالى أنه إذا كان له حائط أو حائل لا يحل المرور ولا النزول فيه وإن لم يكن فلا بأس به وعن أبي القاسم رحمه الله تعالى إذا خفي عليه الطريق يمشي في الأرض المزروعة ولا يطأ الزرع وفي المنبع رجل غصب جارية فحبلت في يده إن كان الحبل من المولى أو الزوج فلا شيء على الغاصب وإن كان الحبل من زنى أخذها المولى وضمنه النقصان

والكلام في قدر الضمان قال أبو يوسف رحمه الله ينظر إلى ما نقصها الحبل وإلى أرش عيب الزنى فيضمن الأكثر ويدخل الأقل فيه وهذا استحسان وفي القياس أن يضمن الأمرين جميعا وروى عن محمد أنه أخذ به لأن الحبل والزنى كل واحد منهما عيب على حدة فكان النقصان الحاصل بكل واحد منهما نقصانا على حدة فيفرز بضمان على حدة

ومن غصب أمة فزنى بها هو أو غيره فحبلت عنده فردها إلى المالك فهلكت بالولادة أو في النفاس ضمن الغاصب قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة اتفاقا وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن في الأمة شيئا أيضا والصحيح أن عليه ضمان نقصان الحبل عندهما وهل يجب على الغاصب حد الزنى أم لا لم يتعرض لهذا الحكم في الهداية ولا في شرح الجامع الصغير لكن ذكر الشيخ حسام الدين السغناقي رحمه الله تعالى في نهايته أنه يجب الحد لأن ضمان الغصب يوجب الملك دون ضمان الجناية ولهذا لو زنى بجارية ثم قتلها يحد عندهم لأنه لا يملكها بالضمان حتى يصير شبهة بخلاف مالو غصب جارية فزنى بها فقتلها ثم ضمن قيمتها لم يحد لأن ضمان الغصب يوجب الملك ولو غصب أمة فزنى بها فماتت قال

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، ١٨٥/٢

محمد رحمه الله تعالى الأصح أنه تجب القيمة ولا يجب الحد فعلى هذا إن وجوب ضمان الجناية مع وجوب الحد يجتمعان وأما وجوب ضمان الغصب مع وجوب الحد **فلا يجتمعان** وفي العمادى إذا حبس رجلا حتى ضاع ماله لا يضمن ولو حبس المال من المالك وضاع يضمن

إذا حال بين رجل وأملاكه حتى تلفت لا ضمان عليه ولو فعل ذلك في المنقول ضمن

رجل وقف بجنب دابة انسان ومنع صاحبها عنها حتى هلكت لا يضمن وأوضح من هذا إذا قاتل صاحب المال وقتله ولم يأخذه حتى تلف المال لا يضمن وقد مر في فصل أنواع الضمانات ما يخالف هذه المسألة

وسئل مولانا الشيخ علاء الدين والشيخ نظام الدين عن صاحب العمادى تغمدهم الله برحمته عن رجل ختم ماء أرز آخر حتى هلك الأرز هل يضمن أجاب مولانا الشيخ علاء الدين أنه يضمن

وفي التجنيس رجل أراد أن يسقي زرعه فمنعه إنسان حتى فسد زرعه لا يضمن قلت وهذه المسألة تخالف ما قبلها والله أعلم

وفي القنية إذا منع الآجر أو صاحب الأرض المستأجر من نقل متاعه إلى أن يعطي ما عليه من الخراج فهلك من مطر أو غيره لا يضمن إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في القيمة فالقول في قيمة المغصوب قول الغاصب مع اليمين إلا أن يقيم المالك البينة بأن القيمة أكثر مما قاله الغاصب فحينئذ يعمل ببينته لأنه نور دعواه بالحجة الملزمة

وفي الذخيرة وإن لم يكن لرب الثوب بينة وجاء الغاصب ببينة أن قيمة ثوبه كذا وكذبه رب الثوب

---

(١) ".

" عند رده الثمن فهو بالحقيقة بيع وفاء وبما أن بيع الوفاء حكمه حكم الرهن فيمكن لكل من البائع والمشتري فسخه . (المادة ٨٥) : الخراج بالضمان هذه المادة هي نفس الحديث الشريف ﴿ الخراج بالضمان ﴾ وهي المادة ٨٧ (الغرم بالغنم) : والمادة ٨٨ كلها بمعنى واحد وإن اختلفت الألفاظ فكان من الواجب الاكتفاء بواحدة منها . الخراج : هو الذي يخرج من ملك الإنسان أي ما ينتج منه من النتاج وما يغل من الغلات كلبن الحيوان ونتائجه ، وبدل إجارة العقار ، وغلال الأرضين وما إليها من الأشياء . ويقصد بالضمان المؤنة كالإنفاق على الحيوان ومصاريف العمارة للعقار ويفهم منها أنه من يضمن شيئا لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان مثلا لو رد المشتري حيوانا بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا تلزمه أجرته ؛ لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله . يعني أن من يضمن شيئا إذا تلف يكون نفع ذلك الشيء له في مقابلة ضمانه حال التلف ومنه أخذ قولهم الغرم بالغنم . وقد حكم عمر بن عبد العزيز في هذه المسألة بالأجرة للبائع ولكنه لما اطلع بعد ذلك على الحديث الشريف ﴿ الخراج بالضمان ﴾ نقض ذلك الحكم . وقد أورد صاحب الأشباه على هذه القاعدة سؤالين وأجاب عليهما وذلك ما يأتي : السؤال الأول : لو كان الانتفاع في الشيء مقابل ضمانه لكان من اللازم أن تكون الزيادة الحاصلة في المبيع قبل القبض للبائع ؛ لأن البيع كما جاء في المادة (٣٩٣) في ضمان البائع

---

(١) لسان الحكام، ص/٣٠٦

والحال أنه بمقتضى المادة (٢٣٦) أن الثمرة أو الزيادة التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض تعود للمشتري فما الوجه في ذلك يا ترى ؟ جواب هذا السؤال : فالوجه في ذلك هو أن الانتفاع بالمبيع قبل القبض يقابل الملكية . وبعد القبض يكون مقابل الملك والضمان معا . السؤال الثاني : لما كان المال المغصوب بمقتضى المادة (٨٩١) هو في ضمان الغاصب فكان من الواجب أن تكون زوائد المغصوب ملكا له ما دام الانتفاع في الشيء مقابل ضمانه والمادة (٩٠٣) تقول زوائد المغصوب للمغصوب منه فما الوجه في ذلك ؟ . جوابه – أن الضمان في هذه ضمان خاص أي يقصد به ضمان الملك . وخلاصة ذلك هو أن نفع الشيء يعود للشخص الذي إذا تلف ذلك الشيء يتلف عليه أما الغاصب وإن كان المال في ضمانه فليس مالكا له . (المادة ٨٦) : الأجر والضمان لا يجتمعان هذه القاعدة مأخوذة من المجامع . ويفهم منها أنه لا تجب الأجرة في الحال التي يجب فيها الضمان يعني أن الإنسان إذا استأجر دابة

---

(١) ".

" فبما أن التعيين هنا لم يكن مقيدا فليس بصحيح ولا يلزم المستأجر ضمان فيما إذا تلفت الدابة (الهندية) . وليس قوله هنا ' الدابة ' احترازا عن غير الدواب فلو استأجر أحد حمالا لنقل أمتعته إلى مكان وكان لهذا المحل عدة طرق تؤدي إليه فللحمال أن يسلك أي الطرق التي يسلكها الناس عادة وليس عليه ضمان إذا تلف الحمل أما إذا عين له صاحب الحمل طريقا من هذه الطرق المتعددة فيلزم عليه أن يسلكها وإن سلك غيرها فهو ضامن إذا تلف وكان الطريق الذي سلكه أبعد أو أصعب أو أخوف من الطريق الذي عينه صاحب المال أما إذا كان مساويا له أو أهون منه فلا يفسده أما إذا لم يتلف الحمل وسلمه وأوصله الحمال إلى المكان المعين سالما فله الأجر المسمى على كل حال (رد المحتار ، عبد الحليم) . – * * * * * – (المادة ٥٤٨) ليس للمستأجر استعمال دابة أزيد من المدة التي عينها وإن استعملها وتلفت في يده يضمن . ليس للمستأجر استعمال المأجور مدة أزيد من مدة الإجارة ؛ لأن ثبوت حق استعمال المأجور إنما هو بسبب عقد الإجارة ومتى انقضت مدة الإجارة كان ذلك آخر العهد بتخويل هذا والاستعمال الذي يقع بعدئذ يكون بلا إذن . وإليك فيما يلي بعض ما يتفرع عن ذلك من المسائل : أولا : ليس للمستأجر الذي استأجر دابة لمدة أن يستعملها مدة أزيد من تلك ؛ لأن الإجارة تنقضي بانقضائها . حتى أنه لو استأجر أحد دابة ليذهب بها من هنا اليوم إلى إحدى القرى ويعود منها في اليوم نفسه فذهب بها إلى القرية المذكورة في هذا اليوم وعاد منها في صباح اليوم الثاني فلا يلزمه بمقتضى حكم الإجارة غير نصف الأجرة كما مر بيانه في شرح المادة (٦٥٤) وإذا استعملها زيادة عن تلك المدة وهلكت الدابة في يده ضمنها ؛ لأن ذلك منه غصب ولا تلزمه أجرة للمدة التي استعمل فيها المأجور زيادة عن مدة الإجارة . على كل حال سواء أتلف المأجور أو لم يتلف فعدم لزوم الأجرة في حال التلف لكون الأجرة والضمان لا يجتمعان وعدم لزومها في حال عدم التلف لكون المنافع لا تضمن (انظر المادة (٨٦)) وذلك ما لم تكن الدابة المأجورة من قبيل ما جاء في المادة (٥٩٦) (الأنقروي بزيادة) . وهذه المادة فرع للمادتين (٥٩١ و ٥٩٢) . ثانيا : إذا استأجر ثورا لفلح ثمانية

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١/٧٨

دونمات من مزرعة في اليوم وفلح عليه اثني عشر دونما وهلك الثور ؛ لزمته جميع قيمته ولا يلزمه شيء من أجرته (البزازية) . ثالثا : إذا استأجر أحد ثورا لطحن عشر كيلات حنطة فطحن عليه إحدى عشرة كيلة فتلف الثور عند ختام الكيلة العاشرة وهو يطحن الحادية عشرة ضمن كل قيمته لأن الطحن يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة انتهى العقد فبعد ذلك هو في طحن الحادية عشرة مخالف من كل وجه فيضمن جميع قيمته . ولا فرق بين هذه المسألة ومسألة مخالفة القدر المذكورة في شرح المادة (٥٥٩) ؛ لأن لما كان الحمل يقع دفعة واحدة وبعض الحمل قد أذن بحمله فليس عليه فيما هو مأذون به أما الذي لم يؤذن بحمله فيضمنه (الهندية في الباب التاسع والعشرين) . - * * * * *

" (١).

" مثال للإيداع : إذا استكرى أحد دابة ليركبها هو وسلمها لأجيره للمحافظة عليها فعطبت في يده لزمه الضمان (الهندية في الباب التاسع والعشرين) . كذلك لو استأجر أحد دابة لنفسه فأركبها آخر وجعل نفسه رديفا أي ركب خلفه على الدابة ضمن جميع قيمتها على قول سواء أكانت الدابة تطيق حمل الاثنين معا أو لم تكن ؛ لأن المستأجر أصبح غاصبا برفع يده عن الدابة وجعله إياها في يد غيره ويضمن النصف فقط على قول آخر رد المحتار) وقال الحدادي لو جعل المستأجر نفسه رديفا وغيره أصلا ؛ فالحكم واحد يعني ضمن النصف كما في المسائل الآتية (الطوري بتغيير ما) . توضيح للإرداف : إذا استأجر أحد دابة لركوبه وركبها وأردف آخر خلفه فقويت الدابة على حملهما ولم تصب بأذى فلا يلزمه سوى الأجر المسمى وليس عليه زيادة الأجرة في مقابل إردافه ذلك الشخص ، لكن إذا عطبت الدابة بسبب ذلك الإرداف ينظر : فإذا كان ذلك الشخص رجلا أو كان صبيا يمكنه أن يستمسك على ظهر الدابة ويسوقها بنفسه ؛ لزم ذلك الشخص الضمان سواء أردفه كل المدة أو بعضها (الطوري) . وهنا لا ينظر إلى ثقل المستأجر ورديفه وإنما ينظر إلى أن ركوب أحدهما قد أذن فيه وركوب الآخر لم يؤذن فيه وبذلك يلزم ضمان نصف قيمة الدابة فقط ، ولا يعتبر في هذا الثقل والخفة إذ رب خفيف في الوزن ثقيل على ظهر الدابة وثقيل في الوزن خفيف عليها كما قلنا في إحدى المواد السابقة . وبما أن الآدمي غير موزون فلا تمكن معرفته بالوزن فتعلق الحكم بالعدد (الطوري) حتى إنه إذا جرح رجل جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما - أنصافا ؛ لأنه ربما تكون جراحة واحدة أكثر تأثيرا من عشر جراحات ؛ فلذلك سقط اعتبار الثقل لما ذكر واعتبر عدد الراكب كفاية . سؤال : فإن قيل ينبغي أن يضمن كل القيمة ؛ لأنه كما لو استأجرها ليركبها بنفسه وفي مثله لو أركب غيره عليه ضمان كل القيمة وههنا وجد إركاب الغير مع ركوب نفسه . فركوبه بنفسه إن لم يوجب عليه زيادة ضمان على ضمان الإركاب ينبغي أن لا يوجب نقصان ضمان نفسه وكذا ينبغي أن لا يجب عليه الأجر ؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان وهنا يجب عليه نصف الضمان فينبغي أن لا يجب عليه نصف الأجر ؟ . الجواب - قلنا : إنما ينتفي الأجر عند وجود الضمان إذا ملكه بالضمان بطريق الغصب ؛ لأنه لا أجر في ملكه وههنا لم يملك بهذا الضمان شيئا مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك . وإنما يضمن ما شغله غيره ولا أجر بمقابلة

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٣٨/١

ذلك ليسقط عنه لما بينا أن الضرر في الدابة ليس من قبيل ثقل الراكب وخفته فلهذا توزع الضمان نصفين وهذا هو الجواب عما سأل بقوله ، فإن قيل : قد تقرر عليه ضمان نصف وقد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي أن لا يلزمه نصف الأجر والجواب أن قوله وفي مثله لو أركب غيره يجب عليه ضمان كل القيمة أنه إذا أركب غيره فهو مخالف في الكل وإذا ركبها بنفسه فهو موافق فيما شغله بنفسه ، مخالف فيما شغله بغيره (شلبي) . وإذا كان ذلك الشخص صغيرا بحيث لا يمكنه أن يتمسك على ظهر الدابة أو كان الرديف متاعا فلا يضمن إلا بمقدار ثقله أي أنه يؤخذ رأي أهل الخبرة في تأثير ثقل الصغير أو المتاع على ظهر الدابة

" (١) .

" وعلى هذا يضمن ذلك الشخص من قيمة الدابة بنسبته وهذا إذا لم يركب موضع الحمل ؛ لأنه حينئذ يضمن كل القيمة (الهندية) . ويلزم في الإرداف ضمان جميع القيمة في المسألتين الآتيتين : أولا : إذا كانت تلك الدابة لا تطيق حمل اثنين لزم ضمان جميع القيمة ولا ينظر إلى خفة الرديف وثقله ؛ لأنه تعمد إتلافها ولا أجر عليه . وفي هذه الحال لا تلزم أجرة (الهندية ، والبزازية ، والأنقروي ، ورد المحتار والشلبي) . ثانيا : لو استكرى أحد دابة لركوبه فركبها هو وأركب معه آخر على كتفه وعطبت الدابة ضمن كل قيمتها ، ولو كانت الدابة تطيق حملهما معا . لأنه لما اجتمع الثقل في مكان واحد من ظهر الدابة كان شاقا عليها . وإذا بقيت الدابة سالمة فلا يلزمه سوى الأجر المسمى (رد المحتار) . أما إذا عطبت الدابة في هذه المسألة بعد أن أوصلت المستأجر إلى المكان المقصود فيلزمه الأجر المسمى مع ضمان القيمة ؛ لأنه استوفى المنفعة المعقود عليها مع الزيادة فإن الركوب لا يختلف بأن يردف معه غيره أو لا يردف (كفاية) ولا يقال هنا : كيف اجتمعت الأجرة والضمان ؟ لأنه لما كان لزوم الأجرة لركوبه ، والضمان لإركابه غيره ؛ فلم يكن اجتماعهما لسبب واحد (انظر المادة ٨٦) متنا وشرحا (رد المحتار) . فإن قيل : الأجر مع الضمان **لا يجتمعان** وقد وجب عليه ضمان النصف وكان ينبغي ألا يجب عليه نصف الأجر . قلنا : إنما ينفى الأجر عنه عند وجوب الضمان ؛ لأن ملكه بالضمان بطريق الغصب ولا أجر عليه في ملكه . وههنا لا يملك شيئا بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه ، وجميع المسمى بمقابلة ذلك ، وإنما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك فيسقط عنه . في رجوع الراكب على الرديف ورجوع الرديف على الراكب : إذا ضمن المالك الراكب أي المستأجر قيمة الدابة فليس للراكب الرجوع على الرديف مستأجرا كان الرديف أو مستعيرا (الكفاية) ؛ لأنه لما كان المستأجر مالكا الدابة فركوب الرديف يكون بإذن المالك . وإذا ضمن الرديف ينظر فإذا كان مستأجرا من الراكب فله الرجوع عليه (انظر المادة (٦٥٨)) وإن كان مستعيرا فليس له ذلك ؛ لأنه وإن كان ثمة تغرير في مثل هذا الحال فكما أنه لم يقع ضمن عقد معاوضة فليس الغار ضامنا صفة السلامة للمغرور وسيصير توضيح ذلك في شرح المادة (٦٥٨) (الشرنبلالي ، ورد المحتار والطوري) . هذا إذا أردفه حتى صار الأجنبي كالتابع له أما إذا أقعده في السرج صار غاصبا ولم يجب شيء من الأجر ؛ لأنه رفع يده عن الدابة وأوقعها في يد متعدية فصار ضامنا والأجر

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٤١/١

لا يجامع الضمان (الشلبي) . وكذلك إذا استكرى أحد دابة لركوبه فركبها وهو مكثر من لبس الثياب ينظر فإذا كان قد لبس ما لا يلبس عادة وتلفت الدابة يضمن أما إذا لبس ما يلبسه الناس عادة فلا (انظر المادة (٣٦) رد المحتار) . - * * * * * - (المادة ٥٥٣) من استكرى دابة على أن يركبها من شاء فإن شاء ركبها بنفسه وإن شاء أركبها غيره ولكن إن ركبها هو أو غيره فقد تعين المراد وتخصص فلا يصح إركاب آخر . أي أنه من استكرى دابة على أن يركبها من شاء على وجه التعميم فإن شاء ركبها بنفسه وإن شاء

". (١)

" خامسا : لو دخل المستأجر الفرن ليشتري خبزا وغابت الدابة عن نظره أثناء اشتغاله بالشراء ثم فقدت ضمنها . وإلا فلا . سادسا : لو استأجر أحد دابة على أن يركبها إلى المحل الفلاني وأخبر أن في الطريق لصوصا وذهب بها ينظر فإذا كان الناس يمتنعون عن الذهاب لشيوع مثل هذا الخبر ضمن وإلا فلا (الهندية في الباب السابع والعشرين الخانية ، ورد المحتار) انظر المادة (٣٦) . سابعا : إذا نام المستأجر في الطريق وفقدت الدابة المأجورة فإذا نام وهو قاعد والدابة أمامه فلا يضمن وإذا نام مضطجعا ضمن (الحامدية) . قيل في المثال : لو ترك المستأجر دابة الكراء حبلها على غاربها ؛ لأنه إذا لم يتركها المستأجر حبلها على غاربها وخرجت الدابة بنفسها بدون علم المستأجر ولما علم فتش عنها ولم يجدها أو ترجح عنده عدم العثور عليها ولم يفتش عنها فلا يلزمه ضمان ويصدق قول المستأجر في كونه لم يفتش عنها لترجحه عدم العثور عليها (الهندية) . والتقصير المراد في هذه المادة هو تقصير المستأجر في حفظ المأجور بلا عذر . مثلا لو فرت دابة الكراء بينما كان المستأجر مشغولا بدابة أخرى له كانت معه لسقوطها إلى الأرض وتلفت دابة الكراء لا يلزمه ضمان فيما إذا كان يخشى على دابته أو حملها التلف إذا لحق بدابة الكراء وإلا ضمن انظر المادة (٦٠٩) (الهندية) . - * * * * * - (المادة ٦٠٥) مخالفة المستأجر مأذونيته بالتجاوز إلى ما فوق المشروط توجب الضمان وأما مخالفته بالعدول إلى ما دون المشروط أو مثله لا توجبه مثلا لو حمل المستأجر خمسين أقة حديد على دابة استكراها لأن يحملها خمسين أقة سمن وعطبت يضمن ، وأما لو حملها حمولة مساوية للدهن في المضرة أو أخف وعطبت لا يضمن . من استحق منفعة معينة بعقد إجارة فله استيفاء مثلها أو ما دونها وليس له أن يتجاوز إلى ما فوقها : فعليه إذا خالف المستأجر مأذونيته بالتجاوز إلى ما فوق المشروط وجب عليه الضمان لكونه تعدى انظر المادة (٧٧٩) . أما إذا خالفها بالعدول إلى مثل المشروط أو إلى ما دونه فلا يجب الضمان ؛ لأنه لم يكن في ذلك متعديا . مثلا لو حمل المستأجر خمسين أقة حديد على دابة استكراها لأن يحملها خمسين أقة سمن وتلفت الدابة بتجاوزه إلى ما فوق المشروط ضمن جميع قيمتها . ولا تلزم الأجرة لأن الأجرة والضمان لا يجتمعان انظر مادة (٨٦) . وقوله كذا أقة حديد ليس بقيد احترازي ؛ لأنه يجب الضمان ولو كان الحديد أقل من السمن وزنا ؛ لأن الحديد يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها فحاصله متى كان ضرر أحدهما فوق ضرر الآخر من وجه لا يجوز وإن كان أخف ضررا من وجه (رد المحتار) انظر المادة (٤٦) . وأما لو حملها حمولة مساوية للسمن في المضرة أو

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٤٢/١

أخف وعطبت لا يضمن (رد المحتار) . وكذلك المواد (٤٢٦ و ٥٤٥ و ٥٤٦ و ٥٤٧ و ٥٤٨ و ٥٥٠ و ٥٥١ و ٥٥٦ و ٥٥٧ و ٥٥٩) من الأحكام التي تفرعت عن هذه المادة . - * * * * *

". (١)

" لأنه في هذه الحالة يكون الرهن رهن مشاع انظر الأربع مسائل في شرح المادة (٧١٠) . الثاني ، يجب أن لا ينص على التبعيض فإذا نص على التبعيض يفسد الرهن . ولذلك إذا قال الراهن : قد رهنت نصف مالي هذا لدائني هذا والنصف الآخر لدائني ذاك ، ونص على التفريق والتبعيض ورهن وارتهن الدائنان على ذلك الوجه يكون الرهن فاسدا (الخانية) . ومن هذه الجهة أيضا إذا قال : رهنت نصف مالي هذا مقابل مائة قرش والنصف الآخر بمقابلة ست مائة قرش وقبل المرتهن يكون الرهن فاسدا . ومن هذا القبيل أيضا إذا قبل أحد الدائنين إيجاب الراهن ولم يقبله الآخر لا يصح الرهن . انظر شرح المادة (٧١٠) (البزازية في مقدمة الرهن والخانية) . وعلى هذا المنوال أيضا كما جاء في هذه الفقرة إذا ارتهن الدائنان الرهن وأقر أحدهما أن هذا الرهن تلجئة فعند الإمام أبي يوسف لا يصح هذا الرهن ؛ لأنه سيطرأ عليه شيوع بهذه الصورة ، وقال الإمام محمد بصحة الرهن في حصة الثاني ؛ لأن الإقرار حجة قاصرة ولا يسري إلى حق الآخر الهندية في الباب الحادي عشر من الرهن ' ويكون الرهن مرهونا مقابل مجموع الدين ؛ لأنه أضيف إلى مجموع الدين بصفقة واحدة فلا يكون نصف الرهن مقابل نصف من الدين ونصفه الثاني مقابل النصف الآخر من الدين (مجمع الأنهر) . وعليه إذا أوفى الراهن دين الواحد من الدائنين كاملا لا يمكنه أن يسترد شيئا من الرهن ولو بقي مقدار جزئي من مطلوب المرتهن الآخر (رد المحتار والخانية) . ويأتي إيضاح هذه المسألة في المادة (٧٣٩) وشرحها . كيفية حفظ الدائنين للرهن الذي أخذاه من مدين واحد : إن كان الرهن غير قابل القسمة يحفظه الدائنان بالمناوبة . والواحد في نوبة حفظه كعدل الآخر (التنوير) . ولدى هلاك المرهون في يد واحد منهما لا يلزم الآخر ضمان الغصب ولا المعطى ؛ لأنه حيث إن الراهن عالم بأن المرتهنين لا يجتمعان دائما في حفظ الرهن يكون برهنه عندهما مالا غير قابل للقسمة رضي بحفظهما إياه مناوبة شرح المجمع ' . وأما إن كان قابل القسمة ففي هذا التقدير حصل اختلاف : فعند الإمام الأعظم يجب بعد التقسيم أن يحفظ كل منهما النصف منه . يعني تقاس هذه المسألة على حكم المادة ' ٧٨٣ ' . حتى لو أعطى دائن كل المال الذي هو قابل للقسمة للآخر وهلك في يده يكون المعطي ضامنا نصف حصته بضمان الغصب ؛ لأن الأمين بدفعه المال إلى من لم يرض المالك يلزمه ضمان الغصب كما هي الحال في دفعه إلى الأجنبي شرح المجمع . ولكن عند الإمامين لا يضمن بضمان الغصب الدر المنتقى ومجمع الأنهر ' والمجلة قبلت في مادتها ' ٧٨٣ ' قول الإمام الأعظم وحيث إن هذه المسألة نظيرة لها فيجب العمل فيها أيضا بقول الإمام المشار إليه . الحكم في تلف الرهن الذي أخذه دائنان من مدين واحد . بحسب هذه المادة المال المرهون عند هلاكه يكون كل من الدائن ضامنا لذلك الرهن بنسبة حصته من الدين كما سيذكر في لاحقة شرح المادة ' ٧٤١ ' التنوير ' ؛ لأن كل واحد منهما يكون استوفى مطلوبه بهلاك الرهن وبما أنه ليس أحدهما أولى

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٩٥/١

". (١)

" – الصغير قسمان : أحدهما غير مميز وهو الذي لا يفهم البيع والشراء يعني : من لا يعرف أن البيع سالب للملكية أي : أن المبيع خارج من ملك البائع والثمن داخل ملكه والشراء جالب أي : أن المبيع داخل ملك المشتري والثمن خارج من ملكه وعليه فغير المميز من لا يعلم أن الثمن والمثمن **لا يجتمعان** في ملك واحد ومن لا يفرق بين الغبن الفاحش في شيء بالنسبة إلى الآخر كالتغرير في العشرة خمسة وبين الغبن اليسير الظاهر كالتغرير في العشرة واحد ويقال للذي يميز ذلك صبي مميز . وعليه فالصغير المميز هو من يعرف أن البيع سالب والشراء جالب ويقصد الربح ويميز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير كما أن المعتوه الذي يميز هذه الأشياء حكمه حكم الصغير المميز (رد المحتار) يطلق الصبي والصغير على المدة التي تبتدئ من ولادته إلى بلوغه والصغر هو وصف لحال لم تتكامل فيها قوى الإنسان وتبتدئ من ولادته إلى حين بلوغه الحلم (رد المحتار) إيضاح القيود : ١ – يعني . إلخ لا يقصد بقوله لا يفهم البيع والشراء غير ما يقصد بهما ومضمونهما وإلا ؛ فليس مجرد العبارة يعني : ليس ألفاظ البيع والشراء وذلك كما يشير إليه ما مر من التفسير ؛ لأن الصبي غير المميز إذا لقن ألفاظ البيع والشراء استظهرها وأدركها وعليه فلا يكفي مجرد العلم ليكون الصغير مميزا (الطحطاوي) سؤال : التمييز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير مشكل للغاية . وبما أن التمييز بينهما يختص بمن حذق التجارة فكان من اللائق أن لا يشترط مثل هذا في الصبي المميز ؟ . الجواب : على ثلاث صور : أولا : لو قيل للصغير ما هو تغرير خمسة في العشرة مثلا ولم يعلم أنه فاحش فلا يكون مميزا أي : أنه لو قيل للصغير إذا غررت بخمسة في العشرة أو بواحد في العشرة فكيف هذا الغبن فإذا لم يفرق بين الصورة الأولى والصورة الثانية أي : الغبن الفاحش والغبن اليسير فلا يكون مميزا (الطحطاوي) . وظاهر عبارة المجلة تدل على أنها قبلت هذا الجواب . ثانيا : إن المقصود من تمييز الفرق بين الغبن الفاحش والغبن اليسير الكناية عن كون الصبي عاقلا ، وإلا ؛ فليس المقصود تمييز الفرق بين الغبن الفاحش والغبن اليسير حقيقة وعليه فإن في العبارة مجازا من قبيل إطلاق اللازم وإرادة الملزوم . ثالثا : المقصود من هذا الشرط هو من لا يفرق ولا يميز الغبن الفاحش في الشيء الذي تكون قيمته معروفة ومشهورة . وإلا فقد يخدع أعقل الناس ويغرر (رد المحتار ، التنقيح) . ٢ – إن البيع سالب للملكية والشراء جالب لها ، وعليه فلو جاء الصغير إلى بائع الحلوى وأعطاه نقودا وبعد أن أعطاه البائع الحلوى طلب منه إعادة النقود يكون غير مميز أما إذا لم يستعد النقود بعد أخذه الحلوى فيكون دليلا على كونه مميزا ٣ – والغبن الفاحش كالإغرار بخمسة في العشرة وعليه فلو أعطى صغير لعبة تساوي قيمتها قرشا فأعطى البائع ما يلبسه من ثياب تساوي أربعين قرشا وهو لا يعلم بأنه قد خدع فيكون الصغير حينئذ غير مميز (رد المحتار) – * * * * – (مادة ٩٤٤) المجنون على قسمين : أحدهما : المجنون المطبق وهو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته ، والثاني : المجنون غير المطبق وهو الذي يكون في بعض الأوقات مجنونا ويفيق في بعضها .

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٠٦/٢

". (١)

"جميع العبادات) من قيام وركوع وسجود وقعود وتكبير وثناء ودعاء وقراءة وتسبيح وتهليل وصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ودعاء للمؤمنين وخشوع

قوله (إذ هو أقرب الخ) أي قرب مكانة لا مكان وهذا مما يدل على أن الله تعالى ليس في جهة

قوله (من أتاني سعيا أتيته هرولة) أي من اجتهد في طاعتي قابلته بأعظم منها

قوله (والمعنى نجهد في العمل) أي وليس المراد السعي بسرعة لأنه منهي عنه

قوله (نسرع في تحصيل عبادتك) فالعطف من عطف المرادف

قوله (بنشاط) أخذه من المقام

قوله (ولذا سميت الخدم حفدة) ويسمى أولاد الأولاد حفدة لأنهم كالخدم في الصغر كما في المصباح

قوله (ويجوز ضمها) فيكون من الرباعي

قوله (وأحفد لغة فيه) وبعضهم يجعله لازما مختار الصحاح

قوله (لا معنى له) فيه أنه ورد في صفة البراق له جناحان يحفذ بهما أي يستعين بهما على السير ويسرع

قوله (نرجو رحمتك) أي إنعامك وإحسانك

قوله (وإمدادها) أي ازديادها

قوله (وسبعة عطائك) أي عطاءك الواسع وأخذ ذلك من إسناد الرحمة إليه تعالى

قوله (بالقيام الخ) أي مع القيام وإنما قال ذلك لأن الرجاء تعلق القلب بمرغوب فيه مع الأخذ في الأسباب وإلا فهو الطمع

قوله (فنحن بين الرجاء والخوف) قال الغزالي والعمل مع الرجاء أعلى منه مع الخوف والجمهور على أن الأفضل تكثير الخوف مع الصحة وتكثير الرجاء مع الضعف والرجاء بالمد وأما بالقصر فهو ناحية البئر وقد يمد

قوله (فإن أمن المكر) أي إنقلاب الحال وأمن المكر إطمئنان القلب بحيث يجزم بالنجاة

قوله (كفر) حمله بعضهم على الحقيقة وبعضهم قال معناه أنه يوصل إليه بسبب استرساله في المعاصي

قال تعالى ﴿ فلا يأمن مكر الله إلا القوم الخاسرون ﴾

قوله (كالقنوط من الرحمة) أي اليأس منها والجزم بأنه من أهل العذاب فإنه يؤدي إلى تقليل العمل وإنكار الرحمة وفيه ما تقدم في الأمن قال تعالى ﴿ إنه لا ييأس من روح الله إلا القوم الكافرون ﴾

قوله (أني يرجى نواله) أي إنعامه ونكاله عقابه

قوله (لا يجتمعان الخ) قد علمت أن الرجاء لا يتحقق إلا مع الأعمال الصالحة وإلا فهو طمع

قوله (بالأركان) أي الأعضاء

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٨٤/٢

قوله (ممتثلين لأمرك) حال مؤكدة

قوله (لا مقتصرين على القلب واللسان) بأن يرجو بقلبه أو ينطق بلسانه من غير عمل الأركان

قوله (ذوي البهتان) هو الكذب وفسره في القاموس بأن يقول على الشخص ما لم يفعل

قوله (نعتقد ونقول) معلول مؤخر عن علته وهو قوله فلإنعامك علينا بالإيمان ولا شك أن هذا الإعتقاد والقول علته الإنعام بالإيمان

قوله (بكسر الحاء) قالالنووي هذا هو المشهور وقالالجزري هكذا روينا

قوله (وقيل بفتحها) قاله ابن قتيبة وغيره ونص الجوهري على أنه صواب

قوله (وصلى الله على النبي) هذا هو الذي رواه النسائي فقط بدون وعلى آله وسلم كما يفهم من الشرح

قوله (صلينا) معلول لقوله ولما روى النسائي

قوله (وعلى آله وسلم) في الواقعات بعد ما ذكر اختيار الفقيه أبي الليث أنه يصلي قال والمستحب في كل دعاء أن يكون فيه الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم اللهم صل على محمد وعلى آل محمد اه فهذا يفيد أن كيفية الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في القنوت بهذه الكيفية ويشهد له ما أخرجه النسائي بسند صحيح عن زيد بن خارجة قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف الصلاة عليك فقال صلوا علي واجتهدوا في الدعاء وقولوا اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وعنه صلى الله عليه وسلم الدعاء موقوف بين السماء

". (١)

"الدرر حيث أجاب عما أورده الزيلعي بأن الارض ليست من العرض بناء على ما نقله عن الصحاح.

قال في البحر: وهو مردود لما علمت من أن الصواب تفسيره هنا بما ليس بنقد اه.

وقد أورد الزيلعي أيضا ما إذا اشترى أرض عشر وزرعها أو اشترى بدرا للتجارة وزرعه فإنه يجب فيه العشر، ولا تجب فيه الزكاة لانهما لا يجتمعان اه.

ويجاب عنه بما ذكره الشارح من قيام المانع.

وأجاب في الدرر وتبعه في البحر بأن عدم وجوب الزكاة في البذر إنما حدث بعد الزراعة، وذلك لا يضر، ون مجرد نية الخدمة إذا أسقط وجوب الزكاة في العبد المشتري للتجارة، كما مر فلان يسقطه التصرف الاقوى من النية أولى اه.

قوله: (من ذهب أو ورق) بيان لقوله: نصاب وأشار بأو إلى أنه مخير، إن شاء قومها بالفضة، وإن شاء بالذهب، لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء.

بحر.

لكن التخيير ليس على إطلاقه كما يأتي.

---

(١) حاشية على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص/٢٥٤

قوله: (فأفاد) تفريع على تفسير الورق بالفضة المضروبة ط.

قوله: (قوله بالمسكوك) بالسين المهملة: أي المضروب على السكة، وهي حديدة منقوشة يضرب عليها الدراهم.

قاموس.

ووجه الافادة ظاهر من الورق، أما الذهب فلا، كما لا يخفى، إلا أن يقال: لما اقترن بالمضروب من الفضة كان المراد به المضرو ب اه‍ ح.

قوله: (عملا

بالعرف) فإن العرف التقويم بالمسكوك.

بحر.

وهو علة لقوله: أفاد.

قوله: (مقوما بأحدهما) تكرار مع قوله: من ذهب أو ورق لان معناهما التخيير، ومحل التخيير إذا استويا فقط، أما إذا اختلفا قوم بالانفع اه‍ ح.

وقدم الشارح عند قوله: وجاز دفع القيمة أنها تعتبر يوم الوجوب، وقالا: يوم الاداء كما في السوائم، ويقوم في البلد الذي المال فيه الخ.

قوله: (تعين التقويم به) أي إذا كان يبلغ به نصابا، لما في النهر عن الفتح: يتعين ما يبلغ نصابا دون ما لا يبلغ، فإن بلغ بكل منهما وأحدهما أروج تعين التقويم بالاروج.

قوله: (ولو بلغ بأحدهما نصابا وخمسا الخ) بيانه ما في النهر عن السراج: لو كان بحيث لو قومها بالدراهم بلغت مائتين وأربعين وبالدنانير ثلاثا وعشرين قومها بالدراهم لوجوب ستة فيها بخلاف الدنانير فإنه يجب فيها نصف دينار فإنه يجب فيه نصف دينار وقيمته خمسة، ولو بلغت بالدنانير أربعة وعشرين وبالدراهم مائة وستة وثلاثين قومها بالدنانير اه‍.

وفي الهداية: كل دينار عشرة دراهم في الشرع.

قال في الفتح: أي يقوم في الشرع بعشرة، كذا كان في الابتداء.

قوله: (وفي كل خمس بحسابه) أي ما زاد على النصاب عفو إلى أن يبلغ خمس نصاب، ثم كل ما زاد على الخمس عفو إلى أن يبلغ خمسا آخر.

قوله: (وقالا ما زاد بحسابه) يظهر أثر الخلاف فيما لو كان له مائتان وخمسة دراهم مضى عليها عامان.

قال الامام: يلزمه عشرة.

وقالا: خمسة لانه وجب عليه في العام الاول خمسة وثمن، فبقي السالم من الدين في الثاني نصاب إلا ثمن.

وعنده: لا زكاة في الكسور فبقي النصاب في الثاني كاملا، وفيما إذا كان له ألف حال عليها ثلاثة أحوال كان عليه في

الثاني أربعة وعشرون وفي الثالث ثلاثة وعشرون عنده.

وقالا: يجب مع الاربعة والعشرين ثلاثة أثمان." (١)

"واستشكل بأن إقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت مناقضة فينبغي أن لا يقبل منها كما لو قالت بعد التزوج بها كنت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير أو كان العقد بغير شهود ذكره في الجامع الكبير وغيره بخلاف قولها لم تنقض عدتي ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الإشكال المذكور قال في الفتاوي في باب الباء لو قالت بعد ما تزوجها الأول ما تزوجت بآخر فقال الزوج الأول تزوجت بآخر ودخل بك لا تصدق المرأة ا هـ ما في الفتح أقول قد يدفع الإشكال بأن المطلقة ثلاثا قام فيها المانع من إيراد العقد عليها ولا يزول إلا بعد وجود شرط الحل وذلك بأن تخبر بأنها تزوجت بعده آخر ودخل بها وانقضت عدتها والمدة تحتمله أو تخبر بأنه حلت له وهي عالمة بشرائط الحل على ما مر عن النهاية فحينئذ لا يقبل قولها للتناقض أما بدون ذلك فيقبل ولا تناقض لاحتمال ظنها الحل بمجرد العقد ولأن إقدامها على العقد بدون تفسير لا يزول به المانع فلم يكن اعترافا ولذا قال السرخسي لا بد من استفسارها ويؤيده ما مر عن الفضلي أيضا وهذه بخلاف قولها كنت مجوسية الخ فإنها حين العقد لم يقم مانع من إيراد العقد عليها فصح العقد فلا يقبل إخبارها بما ينافيه لتناقضها فإن مجرد إقدامها على العقد اعتراف بعدم مانع منه فإذا ادعت ما ينافيه لم يقبل وما مر عن الفتاوي أمرهم على ما إذا تزوجها بعد ما فسرت توفيقا بين كلامهم وفي البزازية تزوجت المطلقة ثم قالت للثاني تزوجتني في العدة إن كان بين النكاح والطلاق أقل من شهرين صدقت في قول الإمام وكان النكاح الثاني فاسدا وإن أكثر لا وصح الثاني والإقدام على النكاح إقرار بمضي العدة لأن العدة حق الأول والنكاح حق الثاني **ولا يجتمعان** فدل الإقدام على المضي بخلاف المطلقة ثلاثا إذا تزوجت بالأول بعد مدة ثم قالت بك تزوجت قبل نكاح الثاني حيث لا يكون أقدامها دليل على إصابة الثاني ونكاحه قالت المطلقة ثلاثا تزوجت غيرك وتزوجها الأول ثم قالت كنت كاذبة فيما قلت لم أكن تزوجت فإن لم تكن أقرت بدخول الثاني كان النكاح باطلا وإن كانت أقرت به لم تصدق ا هـ وهذا مؤيد لما قلنا من الفرق والتوفيق وبالله التوفيق وبما قررناه ظهر لك ما في كلام الشارح والظاهر أنه تابع ما بحثه في الفتح قوله (وفي البزازية الخ) اقتصر على بعض عبارة البزازية تبعا ل البحر وهو غير مرضي وتمام عبارتها هكذا ونص في الرضاع على أنها إذا قالت هذا مشهور رضاعاف وأصرت عليه له أن يتزوجها لأن الحرمة ليست إليها قالوا وبه يفتى في جميع الوجوه ا هـ ومقتضاه أن المفتى به أن لها أن تزوج نفسها منه هنا وهذا ما قدمه الشارح في آخر الرضاع بقوله ومفاده الخ وقدمنا أن ما ذكره الشارح هناك نقله في الخلاصة عن الصدر الشهيد بلفظ وفيه دليل على أنه لو ادعت الطلقات الثلاث وأنكر الزوج حل لها أن تزوج نفسها منه ا هـ وعلله في النهر بأن الطلاق في حقها مما يخفى لاستقلال الرجل به فصح رجوعها ا هـ أي صح في الحكم أما في لديانة لو كانت عالمة بالطلاق فلا يحل ربما قررناه علمت أن ما قدمه الشارح منقول لا بحث منه فأفهم." (٢)

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣٢٥/٢

(٢) حاشية رد المحتار، ٤٦١/٣

"حديث المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ح قوله (غنم) أي للملاعنة بعد التفريق ط قوله (نفقة العدة) أي والسكنى وإذا جاءت بولد إلى سنتين لزمه وإن لم تكن عليها عدة لزمه إلى ستة أشهر كما في الكافي قوله (حي) فلو نفاه بعد موته لاعن ولم يقطع نسبه وكذا لو جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما أو مات أحدهما قبل اللعان كما سيأتي قوله (نفي نسبه) أي لا بد أن يقول قطعت نسب هذا الولد عنه بعد ما قال فرقت بينكما كما روى عن أبي يوسف وفي المبسوط هذا هو الصحيح لأنه ليس من ضرورة التفريق نفي النسب كما بعد الموت يفرق بينهما ولا ينتفي النسب بحر عن النهاية قوله (وألحقه بأمه) هذا غير السري في النفي وإنما خرج مخرج التأكيد نهر عن النهاية قوله (بشرط صحة النكاح) هذا الشرط والذي بعده زادهما في البحر على شروط النفي الستة المذكورة في البدائع وإنما لم يعدهما الشارح من الستة إشارة إلى أنهما ليسا شرطين للنفي أصالة وإنما هما شرطان للعان كما أفاده في النهر فهما من شروط النفي بواسطة لكن الثاني يغني عن الأول تأمل قوله (لعدم التلاعن) لأنه نفي نسبه مستندا إلى وقت العلوق وليست وقته من أهل اللعان ولا ينتفي النسب بدون لعان قوله (فستة) الأول التفريق الثاني أي يكون عند الولادة أو بعدها بيوم أو يومين الثالث أن لا يتقدم منه إقرار به ولو دلالة كسكوته عند التهنئة مع عدم رده الرابع حياة الولد وقت التفريق الخامس أن لا تلد بعد التفريق ولدا آخر من بطن واحد السادس أي لا يكون محكوما بثبوته شرعا كأن ولدت ولدا فانقلب على رضيع فمات الرضيع وقضى بديته على عاقلة الأب ثم نفى الأب نسبه يلاعن القاضي بينهما ولا يقطع نسب الولد لأن القضاء بالدية على عاقلة الأب قضاء بكون الولد منه ولا ينقطع النسب بعده وتمامه في البحر قوله (سيجئ) أي عند قوله نفي الولد الحي الخ لكن المذكور هناك أكثر الشروط لا كلها

قوله (وإن أكذب نفسه حد) أي إذا أكذبها بعد اللعان فلو قبله ينظر فإن لم يطلقها قبل الإكذاب وإن أبانها ثم أكذب فلا حد ولالعان زيلعي أي لأن اللعان لم يستقر بعد البينونة فلم يحول إلى الحد كما قدمناه عن الكافي قال في الشرنبلالية وقوله وإن أكذب نفسه ليس تكرار مع قوله حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد لأن ذلك فيما قبل اللعان وهذا فيما بعده قوله (ولو دلالة) أي سواء كان الإكذاب باعترافه أو بينة أو دلالة نهر قوله (فادعى نسبه) أي فإنه لا يصدق على النسب ولا يفرق ويضرب الحد فإن كان الولد ترك ولدا ذكرا أو أنثى يثبت نسبه من المدعي وورث الأب منه كافي الحاكم قوله (للقذف) أي لقذف الثاني الذي تضمنته كلمات اللعان كشهود الزنا إذا رجعوا فإنهم يحدون لا للقذف الأول لأنه أخذ بموجبه وهو اللعان كما أفاده في البحر وأفاد الرحمتي أنه لما أكذب نفسه تبين أن اللعان لم يقع موقعه من قيامه مقام حد القذف فرجعنا إلى الأصل من لزوم الحد بالقذف الأول فافهم قوله (حد أو لا) أشار إلى ما في البحر من أن تقييد الزيلعي بالحد اتفاقي قوله (أو زنت وإن لم تحد) أراد بالزنا الوطء الحرام وإن لم." [١]

"الفسطاط لا يقطع.

بحر.

ويأتي بيانه.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥٣٨/٣

قوله: (فسرق منه) أي أخرج منه بيده ما قيمته عشرة دراهم فصاعدا، فلو خرج الشئ بنفسه ثم أخذه لا يقطع، لان الاخراج من الحرز شرط.

قهستاني.

وفي حاشية نوح أفندي: قيد بالاخذ من الحمل، لانه إذا لم يأخذ منه بالذات بل أخذ من الارض ما سقط منه بسبب شقه لا يقطع لانه لم يأخذ من الحرز اه.

ومثله في اليعقوبية.

قلت: ويشكل عليه ما لو نقب فدخل وألقى شيئا في الطريق ثم أخذه فإنه يقطع كما مر، إلا أن يجاب بأن الالقاء في الطريق هناك معتاد كما مر بخلافه هنا، فتأمل.

قوله: (أو سرق جوالقا الخ) معناه إذا كان الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق والمفازة والمسجد ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه.

فتح.

قوله: (بضم الجيم) أي مع فتح اللام وكسرها، وبكسر الجيم واللام: الوعاء المعروف وجمعه كصحائف وجواليق وجوالقات.

قاموس ونحوه في الصحاح.

وفيهما أن القاف والجيم **لا يجتمعان** في كلمة إلا معربة أو صوتا.

قوله: (وربه يحفظه) أي يحفظ المسروق من الحيوان والحمل والمتاع مالكه أو غيره.

قوله: (قهستاني): أي فلا يلزم أن يكون الحافظ رب الجمل أو الجمل ابن كمال.

وأفاد أن هذه الجملة الحالية قيد في مسألة القطار أيضا، وهو ما أفاده الشارح أولا بقوله: وإن كان معها حافظ وهذا بخلاف مسألة الشق فقد قال السيد أبو السعود: إنه يجب فيها القطع مطلقا، فإن الجوالق غير محرز، فاعتبر الحافظ وما فيه محرز به، ففي شقه وأخذ ما فيه يقطع وإن لم يكن معه حافظ للاخذ من الحرز، وفي أخذه بجملته لا يقطع إلا أن يكون معه من يحفظه، وكأنهم إنما تركوا التنبيه على ذلك لوضوحه اه ملخصا قوله: (أو بقربه) أي بحيث يراه كما مر.

قوله: (أو أدخل يده) وكذا لو أدخل شيئا آخر يعلق بالمتاع.

قهستاني.

قوله: (في صندوق) بالضم

وقد يفتح، جمعه صناديق كعصفور وعصافير.

قاموس.

وفي المصباح أن الفتح عامي.

قوله: (أو في جيبه) جيب القميص ونحوه بالفتح: طوقه قاموس، وكذا قال في المصباح: جيب القميص بالفتح ما على النحر، والجمع أجياب وجيوب، والمراد بالجيب هنا ما يشق بجانب الثوب لتحفظ فيه الدراهم، وهل إطلاق الجيب عليه

عربي أو عرفي.
حموي.
وفي حاشية أبي السعود أن الاخذ من العمامة أو الحزام كالاخذ من الجيب.
قوله: (أو كمه) أي بأن وضع شيئا في داخل الكم من غير ربط، وإلا فهي مسألة الطر.
تأمل.
قوله: (فهتكه) الهتك: الخرق والشق.
قوله: (فسطاطا) هو الخيمة قوله: (لم يقطع) لانه ليس محرزا، بل ما فيه محرز به.
فلذا قطع فيما فيه دونه، فتح.
ونظيره ما لو سرق الجوالق كما مر.
قوله: (ولو ملفوفا) أي ولو كان ملفوفا عنده يحفظه.
فتح.
قوله: (قطع) أي إذا أخذه من حرز هو مكان أو حافظ.
قوله: (فتبعها أخرى) أي خرجت من الحرز بنفسها من غير سوقه ولا إخراجه.
قوله: (قطع المحمول فقط) لانه لا عبرة للحامل، ألا ترى أن محلف أن لا يحمل طبقا فحمل حامل الطبق لم يحنث.
جوهرة.." (١)

"مع التكاليف الشاقة والجور المفرط فلا يقول به مسلم، وقد جعل الحصني الشافعي في ذلك رسالة أقام بها الطامة على فاعل ذلك، فارجع إليها إن شئت اه.

قوله: (كي لا يتجرى الظلمة) قال في العناية: ورد بأنه كيف يجوز الكتمان وأنهم لو أخذوا كان في موضعه لكونه واجبا؟ أجيب بأنا لو أفتينا بذلك لادعى كل ظالم في أرض ليس شأنها ذلك أنها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان اه.

قوله: (باع أرضا خراجية الخ) هذا إذا كانت فارغة، لكن اختلفو في اعتبار ما يتمكن المشتري من زراعته، فقيل الحنطة والشعير، وقيل أي زرع كان، وفي أنه هل يشترط إدراك الربع بكماله أو لا.

وفي واقعات الناطفي أن الفتوى على تقديره بثلاثة أشهر، وهذا منه اعتبار لزرع الدهن وإدراك الريع، فإن ريع الدهن يدرك في مثل هذه المدة.

وأما إذا كانت الارض مزروعة فباعها مع الزرع: فإن كان قبل بلوغه فالخراج على المشتري مطلقا، وإن بعد بلوغه وانعقاد حبه فهو كما لو باعها فارغة، ولو كان لها ريعان خريفي وربيعي وسلم أحدهما للبائع والآخر للمشتري فالخراج عليهما، ولو تداولتها الايدي ولم تمكث في ملك أحدهما ثلاثة أشهر فلا خراج على أحد اه.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٢٧٥/٤

من التاترخانية ملخصا.

قوله: (عناية) لم أجده فيها، وإنما عزاه في البحر إلى البناية وهي شرح الهداية للعيني.

قوله: (ولا يؤخذ العشر الخ) أي لو كان له أرض خراجها موظف لا

يأخذ منها عشر الخارج، وكذا لو كان خراجها مقاسمة من النصف ونحوه، وكذا لو كانت عشرية لا يؤخذ منها خرالانهما **لا يجتمعان**، ولذا لم يفعله أحد من الخلفاء الراشدين، وإلا لنقل، وتمامه في الفتح.

قوله: (ولا يتكرر الخراج الخ) قال في الفتح: فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن، وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج، فإذا عطلها لا يؤخذ شئ اه.

قلت: ومن ذلك أن الخراج يسقط بالموت وبالتداخل كالجزية، وقيل لا كالعشر، وسيأتي تمام الكلام عليه في الفصل الآتي.

قوله: (أو وهبه له) بأن أخذه منه ثم أعطاه إياه.

قوله: (عند الثاني) أي عند أبي يوسف.

وقال محمد: لا يجوز.

بحر.

ولم يظهر لي وجه قول محمد إن كان مرادة أنه لا يجوز ولو كان مصرفا للخراج.

قوله: (وحل له لو مصرفا) أعاده لان قوله: جاز أي جاز ما فعله السلطان." (١)

"البيع ولم يأمر به فلا ينافي قول المصنف الآتي: باع عبد غيره بغير أمره الخ.

هذا، وذكر في الفتح وجامع الفصولين في باب الاستحقاق: ولو استحق فأراد المشتري نقض البيع بلا قضاء ولا رضا البائع لا يملكه، لان احتمال إقامة البينة على النتاج من البائع أو على التلقي من المستحق ثابت، إلا إذا حكم القاضي فيلزم العجز فينفسخ ا هـ.

وقد مر أول الفصل أن الاستحقاق

من صور بيع الفضولي، فينبغي تقييد قوله: وللمشتري الفسخ بالرضا أو القضاء.

تأمل.

قوله: (وكذا للفضولي قبلها) أي قبل إجازة المالك ليدفع الحقوق عن نفسه فإنه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب، وفي ذلك ضرر عليه فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته.

قوله: (لا النكاح) أي ليس للفضولي في النكاح الفسخ بالقول ولا بالفعل لانه معبر محض، فبالاجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي.

وفي النهاية أن له الفسخ بالفعل، بأن زوج رجلا امرأة ثم أختها قبل الاجازة فهو فسخ للاول، وفي الخانية خلافه.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤/٣٧٤

بحر ملخصا.

قوله: (خير المشتري في حصته) أي حصة المجيز، لان المشتري رغب في شرائه ليسلم له جميع المبيع، فإذا لم يسلم يخير لكونه معيبا بعيب الشركة، وألزمه محمد بها لانه رضي بتفريق الصفقة عليه ليعلمه أنهما قد **لا يجتمعان** على الاجازة، شرح المجمع.

قوله: (فالمعتبر إجازته) ولو بدأ بالرد ثم أجاز فالمعتبر ما بدأ به، رملي على الفصولين.

قوله: (مطلقا) أي علم المالك بالثمن أو لم يعلم.

وأجاب صاحب الهداية أنه إذا علم بالحط بعد الاجازة فله الخيار بين الرضا والفسخ.

بحر عن البزازية.

فروع: في الفصولين: أمره ببيعه بمائة دينار فباعه بألف درهم فقال المالك قبل العلم: أجزت جاز بألف درهم، وكذا النكاح، لا لو قال: أجزت ما أمرتك به.

برهن المالك على الاجازة ليس له أخذ الثمن من المشتري إلا إذا ادعى الفضولي وكله بقبضه.

مات العبد في يد المشري ثم ادعى المالك الامر أو الاجازة، فإن قال كنت أمرته به صدق، ولو قال: بلغني فأجزته لم يصدق إلا ببينة، وكذا لو زوج الكبيرة أبوها ومات زوجها فطلبت الارث وادعت الامر أو الاجازة.

قوله: (اشترى من غاصب عبدا) لو قال من فضولي لكان أولى، لانه إذا لم يسلم المبيع لم يكن غاصبا مع أن الحكم كذلك، ولعله إنما ذكره لاجل قوله: أو باعه فإن بيع العبد قبل قبض فاسد.

أفاده في البحر.

وصورة المسألة: زيد با ع عبد رجل بلا إذنه من عمرو فأعتق عمرو العبد أو باعه من بكر فأجاز المالك بيع زيد أو ضمنه أو ضمن عمرا المشتري وهو المعتق نفذ عتق عمر وإن كان أعتقه، وأما إن كان باعه فلا ينفذ البيع.

قوله: (فأجاز المالك بيغ الغاصب) قيد به، لانه لو أجاز

بيع المشتري منه وهو بيع عمرو لبكر جاز.

قال في جامع الفصولين رامزا للمبسوط: لو باعه المشتري من غاصب ثم وثم حتى تداولته الايدي فأجاز مالكه عقدا من العقود جاز ذلك العقد خاصة لتوقف كلها على الاجازة، فإذا أجاز عقدا منها جاز ذلك خاصة ا هـ.

وبه ظهر أن بيع المشتري من." (١)

"وفي التاترخانية: استأجر قبة لنصبها في بيته شهرا بخمسة دراهم جاز وإن لم يسم مكان النصب، ولو نصبها في الشمس أو المطر وكان فيه ضرر عليها ضمن ولا أجر، وإن سلمت عليه الاجر استحسانا، وإن نصبها في دار أخرى في ذلك المصر لا يضمن، وإن أخرجها إلى السواد لا أجر سلمت أو هلكت، ولو استأجر فسطاطا يخرج به إلى مكة أن يستظل بنفسه وبغيره لعدم التفاوت، ولو انقطع أطنابه وانكسر عموده فلم يستطع نصبه لا أجر، وإن اختلفا في مقدار الانتفاع فالقول للمستأجر وإن في أصله حكم الحال كمسألة الطاحون، وتمامه فيها.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٢٣٨/٥

قوله: (له أن يسكن غيره) أي غير ذلك الواحد.
وفي شرح الزيلعي أول الباب: وله: أي للمستأجر أن يسكن غيره معه أو منفردا، لان كثرة السكان لا تضر بها بل تزيد في عمارتها، لان خراب المسكن بترك السكن اه.
وقدمنا أن له ذلك وإن شرط أن يسكن وحده منفردا، فما قيل إن سكنى الواحد ليس كسكنى الجماعة بحث معارض للمنقول وإن كان ظاهرا، لكن قد يقال: معنى كلامهم أن له أن يسكن غيره في بقية بيوت الدار، لانه إذا سكن في بيت منها وترك الباقي خاليا يلزم الضرر لعدم تفقده من وكف المطر ونحوه بما يخر بها.
تأمل.
قوله: (لما مر) أي أول الباب.
قوله: (ككر بر) الكر قدر، والبر نوع.
والكر: ستون قفيزا.
وثمانية مكاكيك.
والمكوك: صاع ونصف، فيكون اثني عشر وسقا.
مصباح.
وهذا عند أهل بغداد والكوفة.
ط عن الحموي.
قوله: (له حمل مثله) أي في الضرر بشرط التساوي في الوزن، وما في الدرر من قوله: وإن تساويا في الوزن، قال الشرنبلالي: الواو فيه زائدة.
قوله: (مقدرة) أي معينة قدرا دخل فيه زراعة الارض إذا عين نوعا للزراعة له أن يزرع مثله أخف لا أضر كما في البحر.
قوله: (أو مثلها) كما لو حمل كر بر لغيره بدل كر بر.
قال
في البحر: وغلط من مثل بالشعير، للمثل، لانه يلزم عليه أنه لو استأجرها لحمل كر شعير له أن يحمل كر حنطة، وليس كذلك لانه فوقه.
قوله: (أو دونها) ككر شعير بدل كر بر لانه أخف وزنا.
قوله: (ومنه) أي مما لم يخرج.
قوله: (لا شعيرا في الاصح) أي لو عين قدرا من الحنطة فحمل مثل وزنه شعيرا جاز، فلا يضمن لو عطبت استحسانا وهو الاصح، لان ضرر الشعير في حق الدابة عند استوائهما وزنا أخف من ضرر الحنطة، لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فيكون أخف عليها بالانبساط، بخلاف ما إذا حمل مثل وزن الحنطة قطنا لانه يأخذ من ظهرها أكثر من الحنطة وفيه حرارة فكان أضر عليها من الحنطة، فصار كما إذا حمل عليها تبنا أو حطبا، وكذا لو حمل مثل وزنها حديدا أو ملحا لانه يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها، فحاصله متى كان ضرر أحدهما فوق ضرر الآخر من وجه لا يجوز

وإن كان أخف ضررا من وجه آخر.

كذا أفاده الزيلعي.

أقول: ولم يذكر ما يضمن في هذه الاوجه.

وحاصل ما في البدائع: أن الخلاف الموجب للضمان إما في الجنس أو في القدر أو الصفة، فالاول: كما إذا استأجرها لحمل كر شعير فحمل كر حنطة يضمن كل القيمة لانها جنس آخر وأثقل فصار غاصبا ولا أجر لانهما **لا يجتمعان**.

والثاني: كما إذا استأجرها ليحمل عشرة أقفزة حنطة فحمل أحد عشر، فإن سلمت لزم المسمى وإلا ضمن جزءا من أحد عشر جزءا من قيمتها.

والثالث: كما إذا استأجرها ليحمل مائة رطل قطن فحمل مثل وزنه أو أقل حديدا يضمن قيمتها، لان الضرر ليس للثقل فلم يكن مأذونا، ولا أجر لما قلنا، وسيأتي تمامه.

قوله: (ولو أردف) الرديف: من تحمله خلفك." [١]

"صار كالاجنبي كالتابع له، فأما إذا أقعده في السرج صار غاصبا ولم يجب عليه شئ من الاجر لانه رفع يده عن الدابة وأوقعها في يد متعدية فصار ضامنا، والاجر لا يجامع الضمان اه.

وعزاه إلى شرح الكافية.

قوله: (لكن في السراج الخ) فإنه قال: قوله فأردف رجلا معه خرج مخرج العادة، لان العادة أن المستأجر يكون أصلا ولا يكون رديفا، إذ المستأجر لو جعل نفسه رديفا وغيره أصلا فحكمه كذلك اه: أي فيجب عليه أيضا النصف لو تطيق مع لزوم الاجر كما مر عن البدائع، ولولا تطيق فالكل، وحيث جعله في الغاية مقابلا للاول وصرح بأنه لم يجب عليه شئ من الاجر فهو صريح في المخالفة خلافا لمن وهم.

قوله: (فليتأمل عند الفتوى) إشارة إلى إشكاله، فلا ينبغي الاقدام على الافتاء به قبل ظهور وجهه.

قوله: (كيف وفي الاشباه الخ) استبعاد لما في السراج وبيان لوجه التوقف عند الفتوى فإنه مخالف للقاعدة المذكورة.

قوله: (**لا يجتمعان**) أي وهنا لما صار غاصبا وضمن ملكه مستندا فإذا ألزمناه الاجر بارتدافه لزم اجتماعهما لوجوب الاجر فيما ملكه.

والفرق بينه وبين ما لو أردف غيره أنه هنا لما أخرجها من يده صار غاصبا، كما لو استأجرها ليركب بنفسه فأركب غيره يجب كل القيمة كما مر، فإذا ارتدف خلفه صار تابعا ولا يمكن وجوب الاجر بارتدافه لما قلنا.

أما لو ركب في السرج فقد أتى بما هو مأذون فيه، فإذا أردف غيره فقد خالف فيما شغله بغيره، ولا يملك شيئا بالضمان فيما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك، وإنما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه، وإذا راجعت النهاية اتضح لك ما قررناه، فافهم.

قوله: (أكثر منه) أشار إلى أنه من جنس المسمى كما يأتي مع ذكر محترزه.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣١٨/٦

قوله: (ضمن ما زاد الثقل) أشار إلى أن الضمان في مقابلة الزائد والاجر في مقابلة الحمل المسمى فلم يجتمعا كما مر نظيره، أفاده في البحر، وسيشير إليه بعد أيضا.

قوله: (عمادية) وعبارتها كما في البحر: استكرى إبلا على أن يحمل كل بعير مائة رطل فحمل مائة وخمسين إلى ذلك المحل ثم أتى الجمال بإبله وأخبره المستكري أنه ليس كل حمل إلا مائة رطل فحمل الجمال إلى ذلك الموضع وقد عطب بعض الابل لا ضمان على المستكري، لان صاحب الجمل هو الذي حمل فيقال له: كان ينبغي لك أن تزن أولا اه.

قوله: (وجب النصف) أي وجب عليه من قيمة الدابة ما يقابل النصف من الزيادة، ثم ما في المتن نثله في المنح عن المحيط ونقل بعده عن الخلاصة أنه يضمن ربع القيمة، ومثله في التاترخانية عن الذخيرة والشرنبلالية عن تتمة الفتاوى.

فالصواب أن المراد الربع إذا كانت الزيادة مساوية للمشروط، لما في البزازية: استأجره ليحمل عشرة مخاتيم فجعل عشرين وحملا معا ضمن ربع القيمة، لان النصف مأذون والنصف لا، فيتنصف

هذا النصف.

قوله: (في جولقين) الجوالق بكسر الجيم واللام وبضم الجيم وفتح اللام وكسرها: وعاء." (١)

"الهداية: لان العين أمانة وإن كانت الاجارة فاسدة.

قوله: (لما مر في الزراعة) أي من ارتفاع الجهالة قبل تمام العقد، وظاهره أنها تنقلب صحيحة بمجرد حمل المعتاد قبل بلوغه إلى بغداد، وبه صرح الاتقاني، وتقدم في كلام الشارح في باب ما يجوز من الاجارة حيث قال: ولو لم يبين من يركبها فسدت للجهالة وتنقلب صحيحة بركوبها اه.

وهو مخالف لما تقدم عن الهداية آنفا.

تأمل.

قوله: (فسخت) أي أبطلها القاضي لان العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله.

ذخيرة.

قوله: (دفعا للفساد) الاولى رفعا بالراء مكان دفعا بالدال لان الفساد قائم يحتاج إلى الرفع لا غير قائم حتى يحتاج إلى الدفع فافهم، إتقاني.

قوله: (لقيامه بعد) أي في الحال ط.

قوله: (والاجر والضمان لا يجتمعان) أي أجر ما بعد الجحود مع ضمان الدابة لو هلكت بعد الجحود ح.

قلت: وأما أجر ما قبل الجحود فيجب وإن هلكت بعده، ولا يلزم اجتماعهما لاختلاف الجهة كما مر نظيره.

تأمل.

قوله: (وعند محمد يجب المسمى) أي إن سلمت الدابة.

قال المقدسي في شرح الكنز: وأوجب محمد الاجر لانه سلم من الاستعمال فسقط الضمان، كذا في التبيين وشروح المجمع.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٣٢٠

وأنت خبير بأن المسألة السابقة ونظائرها تؤيد ما قال ح.

قلت: وفيه نظر، فإنه في المسألة السابقة غير غاصب لاقراره بالاجارة وانقلابها صحيحة بارتفاع الجهالة كما مر.

مطلب: يجب الاجر في استعمال المعد للاستغلال ولو غير عقار نعم ينبغي وجوب الاجر لو مدة للاستغلال فإنه لا يختص بالعقار كما وهم، وقد أفتى في الحامدية بوجوب الاجر على مستعمل دابة المكاري مستندا للنقل كا سنذكره في الغصب، ومثله في المرادية، فتنبه.

قوله: (وفي الاشباه الخ) كلام مجمل، وبيانه ما في الولواجية: رجل دفع ثوبا إلى قصار ليقصره فجحده ثم جاء به مقصورا وأقر بذلك: إن قصره قبل الجحود له الاجر لان العمل وقع لصاحب الثوب، وإن بعده لا لوقوع العمل للعامل لانه غاصب بالجحود، ولو كان صباغا والمسألة بحالها: إن صبغه قبل الجحود له الاجر، وإن بعده إن شاء رب الثوب أخذه وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء تركه وضمنه قيمته أبيض، ولو دفع غزلا إلى نساج والمسألة بحالها: إن نسجه قبل الجحود له الاجر، وإن بعده لا أجر له والثوب للنساج وعليه قيمة الغزل، كما إذا كان حنطة فطحنها.

قوله: (إجارة المنفعة الخ) هذه أعم من قوله السابق أو أن يزرعها بزراعة أرض أخرى.

قوله:." (١)

"تفضيل من المبني للفاعل أو المفعول: أي أشد مالكية أو مملوكية بالنظر لمن اشترطه أو لمن اشترط عليه ط.

قوله: (عليك) متعلق بمحذوف حال من الضمير في أملك ط.

قوله: (أم لك) فيه الجناس التام اللفظي كقوله: إذا ملك لم يكن ذا هبه * فدعه فدولته ذاهبه قوله: (وكذا لو عرف بالسفر) أي وكا متهيئا له كما في التبيين.

قوله: (بخلاف العبد الموصى بخدمته) مثله المصالح على خدمته.

ط عن سري الدين.

قوله: (مطلقا) أي سواء شرط السفر به أم لا.

منح.

قوله: (لان الاجر والضمان **لا يجتمعان**) أي في حالة واحدة، فلو أوجبنا الاجر عند السلامة وأوجبنا الضمان عند الهلاك في سفره لاجتمعا في حالة واحدة وهي حالة السفر ط.

قوله: (من عبد أو صبي) أي آجر نفسه بلا إذن مولى أو ولي.

قوله: (أجرا) مفعول يسترد، والمراد به أجر المثل في الصورتين كما في التبيين عن النهاية.

قوله: (لعودها بعد الفراغ صحيحة) لانه محجور عن التصرف الضار لا النافع، ولذا جاز قبول الهدية بلا إذن وجواز الاجارة بعد ما سلم من العمل تمحض نفعا لحصول الاجر بلا ضرر فصح قبضه الاجرة لانه العاقد فلا يملك المستأجر الاسترداد.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣٤٦/٦

زيلعي ملخصا.

قال ط: وهذا التعليل يقتضي لزوم المسمى اه.

وإذا هلك المحجور من العمل: إن كان صبيا فعلى عاقلة المستأجر ديته وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك، وإن كان عبدا فعليه قيمته ولا أجر عليه فيما عمل له، لانه إذا ضمن قيمته صار مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه.

كفاية ملخصا.

قال الزيلعي: فإن أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد، فأجر ما مضى للمولى وما يستقبل للعبد، وإن آجره المولى ثم أعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار: فإن فسخ الاجارة فأجر ما مضى للمولى، وإن أجاز فأجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لانه هو العاقد اه.

قوله: (استحسانا) والقياس له أن يأخذه، لان عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر لانه بالاستعمال صار غاصبا له.

زيلعي.

قوله: (ولا يضمن غاصب عبد الخ) أي إذا غصب رجل

عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجرة من يد العبد فأكلها لا ضمان عليه.

زيلعي.

قوله: (لعدم تقومه) لانه غير محرز، لان الاحراز إنما يثبت بيد حافظة كيد الملك أو نائبه ويد المالك لم تثبت عليه ويد العبد ليست يد المولى، لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه، ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزا ما في يده.

كفاية.

قوله: (عند أبي حنيفة) وقالا: عليه ضمانه لانه أتلف مال الغير بغير إذنه من غير تأويل.

قوله: (وجاز للعبد قبضها) أي الاجرة الحاصلة من إيجاره نفسه اتفاقا لانه نفع." (١)

"جميع العبادات) من قيام وركوع وسجود وقعود وتكبير وثناء ودعاء وقراءة وتسبيح وتهليل وصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ودعاء للمؤمنين وخشوع

قوله (إذ هو أقرب الخ) أي قرب مكانة لا مكان وهذا مما يدل على أن الله تعالى ليس في جهة

قوله (من أتاني سعيا أتيته هرولة) أي من اجتهد في طاعتي قابلته بأعظم منها

قوله (والمعنى نجهد في العمل) أي وليس المراد السعي بسرعة لأنه منهي عنه

قوله (نسرع في تحصيل عبادتك) فالعطف من عطف المرادف

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٣٥٩

قوله (بنشاط) أخذه من المقام

قوله (ولذا سميت الخدم حفدة) ويسمى أولاد الأولاد حفدة لأنهم كالخدم في الصغر كما في المصباح

قوله (ويجوز ضمها) فيكون من الرباعي

قوله (وأحفد لغة فيه) وبعضهم يجعله لازما مختار الصحاح

قوله (لا معنى له) فيه أنه ورد في صفة البراق له جناحان يحفذ بهما أي يستعين بهما على السير ويسرع

قوله (نرجو رحمتك) أي إنعامك وإحسانك

قوله (وإمدادها) أي ازديادها

قوله (وسبعة عطائك) أي عطاءك الواسع وأخذ ذلك من إسناد الرحمة إليه تعالى

قوله (بالقيام الخ) أي مع القيام وإنما قال ذلك لأن الرجاء تعلق القلب بمرغوب فيه مع الأخذ في الأسباب وإلا فهو الطمع

قوله (فنحن بين الرجاء والخوف) قال الغزالي والعمل مع الرجاء أعلى منه مع الخوف والجمهور على أن الأفضل تكثير الخوف مع الصحة وتكثير الرجاء مع الضعف والرجاء بالمد وأما بالقصر فهو ناحية البئر وقد يمد

قوله (فإن أمن المكر) أي إنقلاب الحال وأمن المكر إطمئنان القلب بحيث يجزم بالنجاة

قوله (كفر) حمله بعضهم على الحقيقة وبعضهم قال معناه أنه يوصل إليه بسبب استرساله في المعاصي

قال تعالى ﴿ فلا يأمن مكر الله إلا القوم الخاسرون ﴾

قوله (كالقنوط من الرحمة) أي اليأس منها والجزم بأنه من أهل العذاب فإنه يؤدي إلى تقليل العمل وإنكار الرحمة وفيه ما تقدم في الأمن قال تعالى ﴿ إنه لا ييأس من روح الله إلا القوم الكافرون ﴾

قوله (أني يرجى نواله) أي إنعامه ونكاله عقابه

قوله (**لا يجتمعان** الخ) قد علمت أن الرجاء لا يتحقق إلا مع الأعمال الصالحة وإلا فهو طمع

قوله (بالأركان) أي الأعضاء

قوله (ممتثلين لأمرك) حال مؤكدة

قوله (لا مقتصرين على القلب واللسان) بأن يرجو بقلبه أو ينطق بلسانه من غير عمل الأركان

قوله (ذوي البهتان) هو الكذب وفسره في القاموس بأن يقول على الشخص ما لم يفعل

قوله (نعتقد ونقول) معلول مؤخر عن علته وهو قوله فلإنعامك علينا بالإيمان ولا شك أن هذا الإعتقاد والقول علته الإنعام بالإيمان

قوله (بكسر الحاء) قالالنووي هذا هو المشهور وقالالجزري هكذا روينا

قوله (وقيل بفتحها) قاله ابن قتيبة وغيره ونص الجوهري على أنه صواب

قوله (وصلى الله على النبي) هذا هو الذي رواه النسائي فقط بدون وعلى آله وسلم كما يفهم من الشرح

قوله (صلينا) معلول لقوله ولما روى النسائي

قوله (وعلى آله وسلم) في الواقعات بعد ما ذكر اختيار الفقيه أبي الليث أنه يصلي قال والمستحب في كل دعاء أن يكون فيه الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم اللهم صل على محمد وعلى آل محمد اه فهذا يفيد أن كيفية الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في القنوت بهذه الكيفية ويشهد له ما أخرجه النسائي بسند صحيح عن زيد بن خارجة قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف الصلاة عليك فقال صلوا علي واجتهدوا في الدعاء وقولوا اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وعنه صلى الله عليه وسلم الدعاء موقوف بين السماء

." (١)

"لهما نصب الاوصياء فالحكم كذلك، ويؤيده ما ذكره من التعليل.

أفاده ط.

قوله: (وتمامه الخ) الذي ذكره في تنزير البصائر معزيا للملتقطات هو ما تقدم.

ثم قال بعده: وفي قوله: فكذا نائبه نظر ظاهر، لما تقرر أن وصى القاضي نائب عن الميت لا عن القاضي حتى تلحقه العهدة، بخلاف أمين القاضي لانه نائب عنه فلا تلحقه العهدة، ومقتضى ما ذكره من أن وصى القاضي نائب عنه أن لا يكون القاضي محجورا عن التصرف في مال اليتيم، والمنقول أنه محجور عن التصرف مع وجود وصيه ولو منصوبه بخلافه مع أمينه، ومقتضاه أيضا أن لا يملك القاضي شراء مال اليتيم من وصى نصبه، كما لو كان أمينه، والحكم بخلافه كما في غالب المذهب اه.

قوله: (ونصب القاضي لآخر لا يخرج الاول) والوصي هو الاول دون وصي القاضي لانه اتصل به اختيار الميت كما إذا كان القاضي عالما اه.

كذا في حاشية أبي السعود على الاشباه عن المحيط.

أقول: بقي أن تصرف الثاني بغيبة الاول هل هو نافذ؟ والظاهر نفاذه لو الغيبة منقطعة.

وفي الاشباه: ولا ينصب القاضي وصيا مع وجوده: أي وصي الميت إلا إذا غاب غيبة منقطعة أو أقر لمدعي العين اه.

والغيبة المنقطعة: أن يكون في موضع لا تصل إليه القوافل كما في حاشية أبي السعود.

وفي الولوالجية: ادعى رجل دينا على الميت والوصي غائب ينصب القاضي خصما عن الميت، ألا ترى أنه لو كان حاضرا وأقر بالدين ينصب القاضي خصما عن الميت ليصل المدعي إلى حقه، لان إقرار الوصي على الميت لا يجوز ولا يملك المدعي أن يخاصم الوصي فيما أقر به اه.

قوله: (إلا بشراء كفنه الخ) هذه المسائل مستثناة من بطلان انفراد أحد الوصيين للضرورة.

قوله: (وتجهيزه) لو

---

(١) حاشية الطحطاوي على المراقي، ص/٢٥٤

اقتصر عليه لكفاه عما قبله.

قال في التبيين: لان في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضا في الحضر والرفقة في السفر ه ط.

قوله: (والخصومة) وجه الانفراد فيها أنهما **لا يجتمعان** عليها عادة، ولو اجتمعا لم يتكلم إلا أحدهما غالبا.

درر.

قوله: (وشراء حاجة الطفل) أي ما لابد له منه كالطعام والمسوة.

إتقاني لان في تأخير لحوق ضرر به.

منح.

قوله: (والاتهاب له) أي قبول الهبة للطفل لان في تأخيره خشية الفوات.

قهستاني، ولانه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الام ومن هو في عياله.

هداية.

قوله: (وإعتاق عبد معين) لعدم الاحتياج فيه إلى الرأي، وبخلاف إعتاق ما ليس بمعين فإنه محتاج إليه.

قهستاني.

وقد أطلق قاضيخان العبد ولا مانع من حمله على المقيد.

أفاده ط.

أقول: والظاهر أن هذا كله فيما إذا أوصى بعتق عبد مجانا، فلو بمال احتاج إلى الرأي فلا بد من الاجتماع.

تأمل.

قوله: (ورد وديعة) قيد به، لانه لا ينفرد بقبض وديعة الميت.

سائحاني عن الهندية، قوله: (وتنفيذ وضية) أي بعين أو بألف مرسلة.

ابن الشحنة.

فلو احتاج إلى بيع شئ ليؤدي من ثمنه الوصية فلا إلا بإذن صاحبه.

إتقاني.

وقهل: معنيتين نعت لوديعة ووصية.

قال القهستاني: لان لصاحب الحق أخذه بلا دفع الوصي اه.." (١)

"البادئ بالانكار) لانه يطالب أولا بالثمن وهو ينكره، ولاحتمال أن ينكل فتتعجل فائدة نكوله بإلزامه الثمن، ولو بدأ بيمين البائع فنكل تأخرت مطالبته بتسليم المبيع حتى يستوفي الثمن، وهذا ظاهر في التحالف في الثمن، أما في المبيع مع الاتفاق على الثمن فلا يظهر، لان البائع هو المنكر فالظاهر البداءة به، ويشهد له ما سيأتي أنه إذا اختلف المؤجر والمستأجر في قدر المدة بدئ بيمين المؤجر، وإلى ذلك أومأ القهستاني وبحث مثل هذا العلامة الرملي.

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٢٨٩/١

قوله: (هذا) أي البدء بيمين المشتري.

قوله: (مقايضة) وهي بيع سلعة بسلعة.

قوله: (أو صرفا) هو بيع ثمن بثمن.

قوله: (فهو مخير) لان كلا منهما فيهما مشتر من وجه فاستويا فيخير القاضي، ولانهما يسلمان معا فلم يكن أحدهما سابقا.

قوله: (وقيل يقرع ابن ملك) هذا راجع إلى ما قبل فقط لا إلى المقايضة والصرف لانه لم يحك فيهما خلافا.

قال العيني: وبدأ بيمين المشتري عند محمد وأبي يوسف وزفر وهو رواية عن أبي حنيفة، وعليه الفتوى، وعن أبي يوسف أنه يبدأ بيمين البائع وهو رواية عن أبي حنيفة، وقيل يقرع بينهما في البداءة ا هـ.

قوله: (ويقتصر على النفي) بأن يقول البائع والله ما باعه بألف ويقول المشتري والله ما اشتراه بألفين ولا يزيد الاول ولقد بعته بألفين ولا يزيد الثاني ولقد باعني بألف، لان الايمان على ذلك وضعت، ألا ترى أنه اقتصر عليه في القسامة بقولهم ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا.

والمعنى: أن اليمين تجب على المنكر وهو النافي فيحلف على هيئة النفي إشعارا بأن الحلف وجب عليه لانكاره، وإنما وجب على البائع والمشتري، لان كلا منهما منكر.

قوله: (في الاصح) إشارة إلى تضعيف ما في الزيادات بضم الاثبات إلى النفي تأكيدا، وعبارته: يحلف البائع بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف.

قال في المنح: والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت.

قوله: (بطلب أحدهما) وهو الصحيح، لانهما لما حلفا لم يثبت مدعي كل منهما فبقي بيعا بثمن مجهول، فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة.

وفرع عليه في المبسوط بقوله: فلو وطئ المشتري الجارية المبيعة بعد التحالف، وقبل الفسخ يحل لانها لم تخرج عن ملكه ما لم يفسخ القاضي.

درر.

وفسخ القاضي ليس بشرط، حتى لو فسخاه انفسخ، لان الحق لهما، وظاهره أن فسخ أحدهما لا يكفي وإن اكتفى بطلبه.

بحر وحموي.

وقوله في الدرر: لو وطئ المشتري الجارية الخ يفيد أن وطأه لا يمنع من ردها بعد الفسخ للتحالف، بخلاف ما لو ظهر بها عيب قديم بعد الوطئ حيث لا يملك ردها، وإنما يرجع بالنقصان إلا إذا وطئ لاختبار بكارتها فوجدها ثيبا ونزع من ساعته ولم يلبث ا هـ.

فيفرق بين هذا واللعان، وهو أن الزوجين إذا تلاعنا فالقاضي يفرق بينهما طلبا التفريق أو لم يطلباه، لان حرمة المحل قد ثبتت شرعا للعان على ما قاله عليه الصلاة والسلام المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا وهذه الحرمة حق الشرع، وأما العقد وفسخه فحقهما بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تحالفا وترادا.

قوله: (أو طلبهما) لا

حاجة إليه لعلمه بالاولى.

قوله: (ولا ينفسخ بالتحالف) في الصحيح: أي بدون فسخ القاضي لانهما لما حلفا لم يثبت مدعاهما فيبقى بيعا مجهولا فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة، أو أنه لما لم يثبت بدل." (١)

"استبداله إذا وقع في يد غاصب.

نعم يلزم أن يجعله حينئذ بدل الموقوف، أما إذا كان من أهل الاستحقاق لغلة الوقف وأخذه ما أخذه بالمصالحة عوضا عن حقه في الغلة طاب له ذلك ما لم يتجاوز عن قدر استحقاقه منه.

تأمل.

وانظر ما تقدم في باب البيع الفاسد عن النهر عند قوله بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر.

قوله: (وبيع الوقف لا يصح) الظاهر أنه من قال يطيب له: أي يطيب له الاخذ ويجعله مكانا موقوفا لعجزه عن تحصيل الوقف بفقد البينة، ومن قال لا يطيب له أراد لا يطيب له التصرف فيه لانه بدل الوقف في زعمه فيكون له حكم الوقف.

تأمل.

قوله: (فالثاني باطل) فلو ادعى دارا فأنكر ذو اليد فصالحه على ألف على أن يسلم الدار لذي اليد ثم برهن ذو اليد على صلح قبله

فالصلح الاول ماض والثاني باطل.

حموي.

وهذا إذا كان الصلح على سبيل الاسقاط، أما إذا كان الصلح على عوض ثم اصطلحا على عوض آخر فالثاني هو الجائز ويفسخ الاول كالبيع.

نور العين عن الخلاصة.

وكذا نقله البيري عن الخلاصة عن المنتقى.

قلت: لكن استظهر سيدي الوالد رحمه الله تعالى أن الصلح على سبيل الاسقاط بمعنى، الابراء، وبطلان الثاني ظاهر ولكنه بعيد الارادة هنا، فالمناسب حمل الصلح على المتبادر منه، ويكون المراد به ما إذا كان بمثل العوض الاول بقرينة قوله كالبيع، وعليه فالظاهر أن حكمه كالبيع في التفصيل المار فيه كما ذكره في أول الدعوى.

قوله: (وكذا النكاح بعد النكاح) فلا يلزمه إلا المهر الاول، ولا ينفسخ العقد الاول إذ النكاح لا يحتمل الفسخ، والمسألة ذات خلاف، فقيل تجب التسمية الثانية، وقيل كل منها.

قال في جامع الفتاوى: تزوج امرأة بألف ثم تزوجها بألفين فالمهر ألفان، وقيل ألف.

وفي المنية: تزوج على مهر معلوم ثم تزوج على آخر تثبت التسميتان في الاصح، حموي.

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٧٩/٢

قوله: (والحوالة بعد الحوالة) أي إذا صدرت حوالة عن شخص فقبلها، ثم إذا صدرت على شخص آخر فالثانية باطلة، لان الدين ثبت في ذمة الاول بالحوالة عليه فلا ينتقل بالحوالة الثانية على غيره كما ذكره ط.

واستفيد منه أن المحال عليه في الثانية غيره في الاولى، وبه صرح في الاشباه بقوله: الكفالة بعد الكفالة صحيحة لزيادة التوثق، بخلاف الحوالة فإنها نقل **فلا يجتمعان** كما في التنقيح.

قال الحموي: وهذا يخرج المسألة عن كونها من جزئيات القاعدة، إذ المتبادر من تجديد عقد البيع تجديده بالنسبة إلى البيع الاول بعينه والمشتري الاول بعينه، وكذا الكلام في الصلح بعد الصلح والكفالة بعد الكفالة، ووزانه في الحوالة اتحاد المحال عليه والمحال به في الحوالتين معا، وحينئذ لا ينتهض قوله لانها نقل **فلا يجتمعان**، وينبغي أن تصح الحوالة الثانية وتكون تأكيدا للاولى على طبق الكفالة، فتدبر ذلك ا هـ.

وعليه فالمناسب في تصوير المسألة بأن يقال: بأن كان له على آخر ألف فأحال عليه بها شخصا ثم

أحال عليه بها شخصا آخر، أو كما تقدم بأن أحال زيد عمرا بدينه على بكر حوالة صحيحة ثم أحاله بها على بشر لا تصلح الحوالة الثانية، لان الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة، وحيث فرغت ذمة." (١)

"بالتقسيم، وما لا يقسم هو ما يتعيب بالتقسيم الحسي ا هـ مكي.

قال السيد الحموي: وإذا لم تمكن القسمة فيما لا يقسم كان لهما التهايؤ في الحفظ.

كذا في الخلاصة.

فلو دفعه زائدا على زمن التهايؤ ينظر ا هـ.

قوله: (لجواز حفظ أحدهما بإذن الآخر) أقول: الصواب في التعليل أن يقول: لانه لما أودعهما مع علمه بأنهما **لا يجتمعان** على حفظها دائما كان راضيا بحفظ أحدهما.

قوله: (فدفعها إلى ما لا بد منه) من عياله وغيرهم كدفع الدابة إلى عبده وما يحفظه النساء إلى عرسه.

درر.

وهذا إنما يظهر في صورة ما إذا منعه عن الدفع إلى بعض معين من

عياله لا في النهي عن الدفع إلى العيال مطلقا، ثم عدم الضمان فيما إذا دفع إلى بعض عياله وقد نهى عن الدفع إليه، محله إذا كانت الوديعة مما يحفظ في يد من منعه.

أما لو كانت لا تحفظ عنده عادة فنهاه عن الدفع إليه فدفع ضمن، كما لو كانت الوديعة فرسا فمنعه من دفعها إلى امرأته أو عقد جوهر فمنعه من دفعه إلى غلامه ودفع ضمن.

أفاده الزيلعي.

ومن حوادث الفتوى: شرط على المودع الحفظ بنفسه فحفظ بزوجته هل يضمن للمخالفة أو لا؟ والذي يظهر من كلامهم عدم الضمان.

---

(١) تكملة حاشية رد المختار، ٢/٣٧٢

حموي.

وأقول: ينبغي أن يقيد عدم الضمان بالدفع إلى الزوجة بما إذا كانت الوديعة نحو عقد، فلو كانت نحو فرس ضمن.

أبو السعود.

وفيه: قوله وإن كان له منه بد هذه المسألة صادقة بصورتين.

الاولى أن تكون الوديعة شيئا خفيفا يمكن المودع الحفظ بنفسه كالخاتم فإنه يضمن بدفعه إلى عياله.

الثانية: أن يكون له عيال سوى من منعه من الدفع إليه.

بحر.

فإن قلت: هذا إنما يتجه أن لو منعه من الدفع إلى بعض معين من عياله وهو خلاف ما يستفاد من قول المصنف: ولو قال لا تدفع إلى عيالك.

قلت: مبنى هذا الاشكال ما هو المتبادر من أن قوله: وإن كان له منه بد مرتبط بقوله: ولو قال لا تدفع إلى عيالك وليس كذلك، ولهذا شرح العيني قول المصنف: أي الكنز وإن كان له منه بد بقوله بأن نهاه أن يدفعها إلى امرأته فلانة وله امرأة أخرى أو نهاه أن يسلمها إلى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه ا هـ.

قوله: (لم يضمن) لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه لان التقييد غير مفيد، لان الدار حرز واحد بدليل أن السارق إذا أخذ من بيت من الدار فنقل إلى بيت آخر لم يقطع لعدم هتك الحرز، والحرز الواحد لا فائدة في تخصيص بعضه دون بعض، وما لا فائدة في تخصيصه في الامر يسقط في الايداع، كما لو قال احفظها بيمينك دون شمالك أو ضعها في يمين البيت دون يساره، وكما لو قال في كيسك هذا فوضعها في غيره أو في الصندوق، أو احفظ في الصندوق ولا تحفظ في البيت فحفظ بالبيت فإنه لا يضمن.

لكن قد يفرق بين الحرز في السرقة والحرز في الوديعة، وذلك أن المعتبر في قطع السارق هتك الحرز وذلك لا يتفاوت باعتبار المحروزات، والمعتبر في ضمان المودع." (١)

"عشرية، ولا الخراج إن كانت خراجية لفوات النماء حقيقة وتقديرا.

ولو كانت له أرض عشرية، وتمكن من زراعتها، ولم يزرع، لا يجب عليه العشر، لانه لم يوجد الخارج حقيقة.

ولو كانت الارض خراجية، وتمكن من زراعتها، ولم يزرع - يجب عليه الخراج، لوجود الخارج تقديرا.

وعلى هذا قال أصحابنا إن العشر والخراج **لا يجتمعان** في أرض واحدة، بل إن كانت عشرية يجب فيها العشر، وإن كانت خراجية يجب الخراج، وقال الشافعي: يجتمعان.

ولو استأجر أرضا عشرية، وزرعها، فالعشر على الاجر عند أبي حنيفة.

وعندهما على المستأجر، لان العشر يجب في الخارج، وهو ملك المستأجر، ولكنأبا حنيفة يقول إن الزرع، في المعنى، حاصل للمؤاجر، لحصول الاجر له، فلو هلك الخارج، قبل الحصار، لا يجب العشر على الاجر، وإن هلك، بعد الحصاد، لا يسقط

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٥٠٢/٢

العشر عن المؤاجر، وعلى قولهما لو هلك، قبل الحصاد أو بعده فإنه يهلك بما فيه.

ولو أعارها من مسلم، فزرعها، فالعشر على المستعير، بالاتفاق، لان الخارج له صورة ومعنى، ولو هلك يهلك بما فيه.

ولو دفعها مزارعة: فعندهما المزارعة جائزة، والعشر في الخارج، وعند أبي حنيفة: المزارعة فاسدة، ولو خرج الزرع وأدرك فعشر الخارج كله على رب الارض إلا أن في حصته يجب في عينه، وفي حصة المزارع يكون دينا في ذمته.

ولو غصبها غاصب، فزرعها، ينظر: إن انتقصت الارض بالزراعة، فالعشر على رب الارض، وعلى الغاصب نقصان الارض، كأنه أجرها منه، وهذا عند أبي حنيفة.

وعندهما في الخارج.." (١)

"وأما حكم اللعان فهو ثبوت حق التفريق.

فإذا تم اللعان يفرق القاضي بينهما، ولا تقع الفرقة بنفس اللعان وهذا مذهب علمائنا.

وقال زفر: تقع الفرقة بلعانهما.

وقال الشافعي: بلعان الزوج.

ثم اختلف أصحابنا فيما بينهم: قال أبو حنيفة ومحمد: هي تطليقة بائنة، فيزول ملك النكاح، وتثبت حرمة الاجتماع والتزوج إلى وقت الاكذاب وإقامة الحد.

وقال أبو يوسف وزفر: هي فرقة بغير طلاق توجب تحريما مؤبدا.

وأصله قوله عليه السلام: المتلاعنان لا يجتمعان أبدا.

فأخذ أبو يوسف وزفر بظاهر الحديث، وأبو حنيفة ومحمد أخذا بمعناه وهو أن المتلاعنين لا يجتمعان أبدا ما داما متلاعنين، فإن حقيقة المتفاعل هو المتشاغل بالفعل، حقيقة أو حكما، فإذا زال اللعان حقيقة وحكما لا يبقى حكمه.

ثم إذا وقعت الفرقة بتفريق القاضي وثبت حرمة الاجتماع، فإذا أكذب الزوج نفسه وضرب الحد، يباح له أن يتزوجها، لانه بطل القذف وخرج من أن يكون من أهل اللعان بصيرورته محدودا في القذف فلا يبقى اللعان.

وكذلك إذا صدقته المرأة بعد الفرقة، لانها صارت معترفة، وبطل القذف فبطل حكم اللعان.

وكذا إذا حدت في قذف.

فإن أخطأ القاضي فبدأ بالمرأة ثم بالرجل، فإنه ينبغي له أن يعيد." (٢)

"مأذون فيه، فوجب الضمان دون الاجر، لانهما لا يجتمعان.

وإن كان من جنسه، فحمل المسمى وزاد عليه، بأن حمل أحد عشر قفيزا مكان العشرة فإن سلمت الدابة فله ما سمى من الاجر، وإن عطبت فهو ضامن لجزء من أحد عشر جزءا من أجزاء الدابة، وعليه الاجر الذي سمي، لانها ماتت بفعل مأذون وغير مأذون، فيقسم على قدر ذلك.

---

(١) تحفة الفقهاء، ١/٣٢٣

(٢) تحفة الفقهاء، ٢/٢٢٢

فأما إذا كان ضرر الدابة لا من حيث الخفة والثقل، بأن يستأجر دابة ليحمل عليها مائة من قطن، فحمل عليها مثل وزنه حديدا أو أقل، ضمن، لان ثقل القطن يكون على جميع العضو لانه ينبسط على الموضع الذي حمل عليه، فأما ثقل الحديد فيكون في موضوع واحد، فيكون أثره أقوى في الضرر.

وعلى هذا إذا استأجرها ليركبها، فأركب من هو مثله في الثقل أو أخف، ضمن، لان ذلك يختلف بالحذق والخرق، ولو ركبها، وأركب مع نفسه غيره، فعطبت فإن كانت الدابة مما يمكن أن يركبها اثنان يضمن نصف قيمتها، لان التلف حصل بركوبهما، فصار كما لو تلفت بجراحتهما وأحدهما غير مأذون، وإن كان لا يمكن فعليه جميع قيمتها، لان هذا إتلاف منه.

وعلى هذا إذا استأجر دابة بإكاف (١) فأسرجها لا ضمان عليه، لان الضرر أقل، لانه يأخذ من الظهر أقل.

وإن استأجر حمارا بسرج فأسرجه سرجا آخر فإن كان مثل الاول بأن يسرج به الحمار، لا يضمن، وإن أسرجه بسرج الفرس يضمن.

فإن أوكفه ذكر في الاصل أنه يضمن بقدر ما زاد الاكاف على السرج وفي

---

(١) إكاف الحمار برذعته.." (١)

"ثم إذا أقيم الحدان القطع والقتل فلا شئ عليهم من ضمان ما هلك من الاموال وضمان الجراحات والقتل لان الحد مع الضمان **لا يجتمعان**.

وأما إذا فات شئ من الشرائط حتى لا يقام الحد عليهم فإنه يحكم القاضي بما هو حكم ذلك الفعل، بدون قطع الطريق، حتى إذا أخذوا المال لا غير يجب الرد أو الضمان، فإن قتلوا لا غير يجب القصاص لا الحد حتى إذا قتلوا بالسلاح يقتلوا ولا يقتلوا إذا قتلوا بغير السلاح.

ولا يقتل الردء والمعين.

وإن خرجوا إن أمكن استيفاء القصاص يقتص منهم وإلا فيجب الضمان.

وأما البغاة: فقوم لهم شوكة ومنعة، وخالفوا المسلمين في بعض الاحكام، بالتأويل، كالخوارج وغيرهم، وظهروا على بلدة من البلاد، وكانوا في عسكر وأجروا أحكامهم.

فإذا قطعوا الطريق على أهل العدل من المسافرين فلا يجب عليهم الحد لانهم يدعون إباحة أموالهم عن تأويل ولهم منعة.

ولو جاء رجل من أهل البغي تائبا وأتى بسارق قد سرق ماله من أهل البغي لا يقطعه الامام العدل.

ولو كان رجل منهم في دار أهل العدل فسرق مال أهل العدل يقطع وإن استحله لانه لا منعة له والله تعالى أعلم.." (٢)

" صلاة مرة كالوضوء وقال بعضهم لا يجب عليه غسله لأن الوضوء عرفناه بالنص والنجاسة ليست في معناه لأن قليلها يعفى فألحق الكثير بالقليل للضرورة قال رحمه الله (والنفاس دم يعقب الولد) لأنه مأخوذ من تنفس الرحم بالولد أو

---

(١) تحفة الفقهاء، ٢/٣٥٩

(٢) تحفة الفقهاء، ٣/١٥٧

من خروج النفس بمعنى الولد أو بمعنى الدم لأن المولود نفس وكذا الدم يسمى نفسا قال الشاعر ٪ (تسيل على حد السيوف نفوسنا ٪ وليست على غير السيوف تسيل) ٪ | أي دماؤنا ومنه قول النخعي ما ليس له نفس سائلة لا ينجس الماء إذا مات فيه فجاز أن يكون مشتقا منه هكذا ذكروا في كتب الفقه وقال المطرزي النفاس بكسر النون ولادة المرأة مصدر سمي به الدم كما سمي بالحيض وفي المغرب وأما اشتقاقه من تنفس الرحم أو خروج النفس بمعنى الولد فليس بذلك قال رحمه الله (ودم الحامل استحاضة) وقال الشافعي حيض اعتبارا بالنفاس بأن ولدت ولدين فالنفاس من الأول وهي حامل بالثاني فلولا أنها تحيض لما صارت نفساء إذ كل واحد منهما دم رحم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا أوطاوس (((أوطاس))) لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة فجعل صلى الله عليه وسلم وجود الحيض علما على براءة الرحم من الحبل حيث جعل الحيض غاية للحرمة وما حلت إلا للتيقن بأنها ليست بحامل وأن الحامل لا تحيض وأن الحيض والنفاس **لا يجتمعان** ولو جاز اجتماعهما لم يكن وجود الحيض دليلا على انتفاء الحبل ولم تكن حلالا بوجوده احتياطا في أمر الإبضاع وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال إن الله رفع الحيض عن الحبلى وجعل الدم رزقا للولد وقالت عائشة رضي الله عنها أن الحامل لا تحيض ولأن فم الرحم ينسد بالحبل كذا العادة وفيما ذكر أنه ينفتح فمه بخروج الولد الأول وتنفس بالدم فلا يلزمنا ولو خرج بعض الولد فإن خرج أكثره يكون نفاسا وإلا فلا ولو تقطع فيها وخرج أكثره فهي نفساء وخروج أكثره كخروج كله وعند محمد وزفر لا يكون نفاسا لأن النفاس عندهما بوضع الحمل كما قالا في التوأمين وفي المفيد النفاس يثبت بخروج أقل الولد عند أبي يوسف وعند محمد بخروج أكثره قال رحمه الله (والسقط إن ظهر بعض خلقه ولد) وذلك مثل يد أو رجل أو إصبع أو ظفر أو شعر فتكون به نفساء وتنقضي به العدة وتصير الأمة أم ولد به ويحنث به لو كان علق يمينه بالولادة ولو ولدت من سرتها لا تصير نفساء إلا إذا سال الدم من فرجها لكن تنقضي به العدة وتصير أم ولد به ويحنث في اليمين قال رحمه الله (ولا حد لأقله) أي لا حد لأقل النفاس لأن تقدم الولد دليل على أنه من الرحم فلا حاجة إلى أمارة زائدة عليه وهذا بخلاف الحيض لأنه لم يتقدمه دليل على

---

(١) ".

" لأن الثمنين في تقدير قيم الأشياء بهما سواء وعن أبي يوسف أنه يقومها بما اشترى إذا كان الثمن من النقود لأنه أقرب لمعرفة المالية لأن الظاهر أنه يشتريه بقيمته وإن اشتراها بغير النقود يقومها بالغالب من النقود وعن محمد أنه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك وأروش الجنايات ويقوم بالمصر الذي هو فيه وإن كان في مفازة يقوم في المصر الذي يصير إليه وإن كان له عبد للتجارة في بلد آخر يقوم في ذلك البلد الذي فيه العبد ويقوم بالمضروبة وقوله في عروض تجارة ليس مجرى على إطلاقه فإنه لو اشترى أرض خراج ونواها للتجارة لم تكن للتجارة لأن الخراج واجب فيها وكذا إذا اشترى أرض عشر وزرعها أو اشترى بذرا للتجارة وزرعه فإنه يجب فيه العشر ولا تجب فيه الزكاة لأنهما **لا يجتمعان** على ما عرف في موضعه وإن لم يزرعه وجب فيه الزكاة بخلاف الخراجية حيث لا تجب فيها الزكاة وإن لم يزرعها

---

(١) تبيين الحقائق، ١/٦٧

لأن الخراج يجب بالتمكن من الزراعة فيمنع وجوب الزكاة إذ لا يشترط فيه حقيقة الزرع ولا كذلك العشر والأعيان التي تشتريها الأجراء ليعملوا بها تجب فيها الزكاة إذا كان لها أثر في العين كالصبغ وحال عليها الحول عندهم لأن ما يأخذه من الأجرة في حكم العوض عن العين ولهذا كان له أن يحبسه حتى يوفيه الأجر وإن لم يكن له أثر في العين لا تجب فيها الزكاة كالصابون والأشنان ونحو ذلك وكذا حطب الخباز والدهن للدباغ بخلاف السمسم الذي يشتريه الخباز ليجعله على وجه الخبز فإنه عين باقية يبيعه مع الخبز فتجب فيه الزكاة قال رحمه الله (ونقصان النصاب في الحول لا يضر إن كمل في طرفيه) أي إذا كان النصاب كاملا في ابتداء الحول وانتهائه فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة وقال زفر رحمه الله يسقطها لأن حولان الحول على النصاب كاملا شرط الوجوب بالنص ولم يوجد وقال الشافعي في السائمة مثل قول زفر وفي عروض التجارة يعتبر النصاب في آخر الحول خاصة لأن النصاب فيه باعتبار القيمة فيشق على صاحبه تقويمه في كل ساعة لأن القيمة باعتبار رغبات الناس فيعسر عليه معرفة رغبتهم في كل ساعة فسقط اعتباره دفعا للحرج وفي آخره لابد منه لأنه وقت الوجوب والزكاة لا تجب إلا في النصاب بالنص ولنا أن الحول لا ينعقد إلا على النصاب ولا تجب الزكاة إلا في النصاب ولابد منه فيهما ويسقط الكمال فيما بين ذلك للحرج لأنه قلما يبقى المال حولا على حاله ونظيره اليمين حيث يشترط فيها الملك حالة الانعقاد وحالة نزول الجزاء وفيما بين ذلك لا يشترط إلا أنه لا بد من بقاء شيء من النصاب الذي انعقد عليه الحول ليضم المستفاد إليه لأن هلاك الكل يبطل انعقاد الحول إذ لا يمكن اعتباره بدون المال وعلى هذا قالوا إذا اشترى عصيرا للتجارة يساوي مائتي درهم فتخمر في أثناء الحول ثم تخلل والخل يساوي مائتي درهم يستأنف الحول للخل وبطل الحول الأول ولو اشترى شياها تساوي مائتي درهم فماتت كلها ودبغ جلدها وصار يساوي مائتي درهم لا يبطل الحول الأول بل يزكيها إذا تم الحول الأول من وقت الشراء والفرق بينهما أن الخمر إذا تخمرت هلكت كلها وصارت غير مال فانقطع الحول ثم بالتخلل صار مالا مستحدثا غير الأول والشياه إذا ماتت لم يهلك كل المال لأن شعرها وصوفها وقرنها لم يخرج من أن يكون مالا فلم يبطل الحول لبقاء البعض قال رحمه الله (وتضم قيمة العروض إلى الثمنين والذهب إلى الفضة قيمة)

(١) ".

" قال رحمه الله (وأمته وسيدته) أي حرم عليه نكاح أمته وحرم على العبد نكاح سيدته للإجماع على بطلانه ولأن النكاح لم يشرع إلا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين يوجب له عليها التمكين من نفسها وقرارها في بيته وخدمة داخل البيت ويوجب لها عليه المهر والنفقة والسكنى والكسوة والقسم والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة فلا يشرع لما عرف أن كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يكون مشروعا ولأن المقصود من النكاح التواد والإحسان ومقصود الرق الامتهان والقهر بسبب ما سبق منه من الكفر **فلا يجتمعان** للتضاد قال رحمه الله (والمجوسية والوثنية) أي حرم عليه نكاحهما وكذا لا يجوز وطؤهما بملك اليمين وقال داود الظاهري وأبو ثور يجوز تزوج المجوسية يروى ذلك عن علي بناء على

(١) تبيين الحقائق، ١/٢٨٠

أن المجوس من أهل الكتاب فواقع ملكهم أخته ولم ينكر عليه فرفع كتابهم فنسوه وقال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار يجوز وطء المشركة بملك اليمين لورود الأثر بجواز وطء سبايا العرب ولنا قوله تعالى ! ٢ (١) ٢ ! وقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم والنكاح حقيقة في الوطء أو نقول هو في موضع النفي فيتناول الوطء والعقد وما ورد في الخبر من جواز وطئهن محمول على الوطء بعد الإسلام أو هو منسوخ بما تلونا ولا عبرة بما روي أن المجوس من أهل الكتاب لأن المعتبر الحالة الحاضرة ألا ترى أن الوثني أيضا من ولد إسماعيل ولا يعتبر ذلك في الحال قال رحمه الله (وحل تزوج الكتابية) لقوله تعالى ! ٢ (٢) ٢ ! وعن ابن عمر أنه لا يحل لأنها مشركة لأنهم يعبدون المسيح وعزيرا وحمل

". (٣)

" جائعة ومباح إن لم تقصد الفساد وتعمد الفساد إنما يتحقق إذا أرضعتها بلا حاجة عالمة بقيام النكاح وبأن الإرضاع مفسد فإن فات شيء منه لم تكن متعمدة والقول في ذلك قولها لأنه شيء في باطنها لا يقف عليه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه ولا يقال الجهل بحكم الشرع لا يعتبر في دار الإسلام لأنا نقول لم نعتبر الجهل لدفع الحكم وإنما اعتبرناه لدفع قصد الفساد الذي يصير الفعل به تعديا وهذا لأنه يجب عليها الضمان إلا إذا قصدت الفساد وقصدها الفساد لا يتصور مع الجهل بالفساد أو بالنكاح ولو كانت الكبيرة مجنونة لا يرجع عليها بمهر الصغيرة ولا يسقط مهرها لما ذكرنا في الصغيرة ولو كانت الكبيرة نائمة فأخذت الصغيرة ثديها لا يرجع على أحد ولكل واحدة منهما نصف المهر ولو أخذ رجل لبنها فأوجرها به فعلى الزوج نصف مهر كل واحدة منهما ويرجع به على الرجل إن تعمد الفساد وإن أرضعت امرأة الأب زوجة الابن تحرم عليه لأنها أخته لأب وكذا لو كان تحته صغيرتان فأرضعتهما امرأة معا أو متعاقبا حرمتا عليه لأنهما صارتا أختين فلا يجوز الجمع بينهما فيرجع على المرضعة إن تعمدت الفساد ولو طلق امرأته ثم إن أخت المطلقة أرضعت امرأته الصغيرة والمطلقة في العدة بانت الصغيرة للجمع مع خالتها ولو كان تحته رضيعتان فجاءت امرأتان لهما لبن من رجل واحد فأرضعت كل واحدة منهما واحدة معا وتعمدتا الفساد لا ضمان عليهما لأن كل واحد منهما غير مفسدة بصنعها وإنما الفساد للأختية اتفاقا قال رحمه الله (ويثبت بما يثبت به المال) أي يثبت الرضاع بما يثبت به المال وهو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة لأن الحرمة من حقوق الله تعالى فتثبت بخبر الواحد كسائر حقوقه كمن اشترى لحما فأخبره عدل أنه ذبيحة مجوسي فإن الحرمة تثبت به ولا يحل تناوله غير أنه إذا ثبتت الحرمة يثبت زوال ملك النكاح ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا وإن كان لا يثبت قصدا ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في النكاح وإبطال الملك يتوقف على شهادة شاهدين كما في الشهادة على الطلاق وهذا لأن ملك

---

(١) ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن

(٢) والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب

(٣) تبيين الحقائق، ١٠٩/٢

النكاح مع الرضاع **لا يجتمعان** فتكون الشهادة بالرضاع شهادة بالفرقة اقتضاء بخلاف مسألة اللحم لأن حرمة التناول تقبل الفصل عن زوال الملك كالعصير إذا تخمر والدهن إذا تنجس وجلد الميتة فإنها مملوكة مع حرمة تناولها فأمكن قبولها لثبوت الحرمة مع بقاء الملك فاعتبر فيه الأمر الديني وذكر في الكافي والنهاية أنه لا فرق بين أن يشهد قبل النكاح أو بعده وذكر في المغني أن خبر الواحد مقبول في الرضاع الطارئ ومعناه أن يكون تحته صغيرة وتشهد واحدة بأنها أرضعت أمه أو أخته أو امرأته بعد العقد ووجهه أن إقدامهما على النكاح دليل على صحته فمن شهد بالرضاع المتقدم على العقد صار منازعا لهما لأنه يدعي فساد العقد ابتداء وأما من شهد بالرضاع المتأخر عن العقد فقد سلم صحة العقد ولا ينازع فيه وإنما يدعي حدوث المفسد بعد ذلك وإقدامهما على النكاح يدل على صحته ولا يدل على انتفاء ما يطرأ عليه من المفسد فصار كمن أخبر بارتداد مقارن من أحد الزوجين حيث لا يقبل قوله ولو أخبر بارتداد طارئ يقبل قوله لما قلنا وذكره صاحب الهداية أيضا في كتاب الكراهية وعلى هذا ينبغي أن يقبل قول الواحدة قبل العقد لعدم ما يدل على صحة العقد من الإقدام عليه ولعدم إزالة الملك وقال الشافعي يقبل في الرضاع شهادة أربع نسوة بناء على أصله أن شهادة أربع منهن مقبولة فيما لا يطلع الرجال عليه فيقوم كل اثنين مقام رجل والرضاع منه ونحن لا نسلم أن الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال لأن ذا الرحم المحرم يجوز له أن ينظر إلى ثديها ويثبت بالإيجار كما يثبت بالمص من الثدي وقال أحمد بن حنبل تقبل شهادة المرضعة وحدها استدل على ذلك

". (١)

" أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا يمكنه القربان إلا بحنث وهو من أهل اليمين بالله تعالى حتى يحلف به في الدعاوي فصار كما لو حلف بطلاق أو عتاق وعندهما لا يكون موليا لأنه يمكنه قربانها بلا كفارة تلزمه فصار كالحلف بالحج والصوم وأبو حنيفة رحمه الله يقول إنه أهل لليمين إلا أنه لا تلزمه الكفارة لأنها عبادة وهو ليس من أهلها ولا يلزمه الظهار حيث لا يصح منه لأن الظهار شرطه أن يكون منا بالنص وهو قوله تعالى ! ٢ (٢) ٢ ! وهو ليس منا ولأن الحرمة في الظهار تنتهي بالكفارة وفي اليمين بالحنث وهو ليس من أهل الكفارة لكونه عبادة فلو شرع الظهار في حقه لكانت الحرمة مطلقة لا مغياة بها وهو خلاف المنصوص فيكون تغييرا للحكم المنصوص عليه بخلاف الإيلاء لأنه أهل للحنث وبه يندفع الظلم عنها وقال الشافعي رحمه الله يصح ظهاره أيضا والحجة عليه ما بينا وقوله لا أقربك القربان كناية عن الجماع ومن الكناية الوطء والمباضعة والافتضاض في البكر والاغتسال منها يجري مجرى الصريح والإتيان والإصابة والغشيان والمضاجعة والدنو والمس كنايات وكذا قوله لا تجمع رأسي ورأسك وسادة أو **لا يجتمعان** أو لا أبيت معك في فراش أو لا أقرب فراشك لا يكون بها موليا إلا بالنية وفي البدائع الصريح المجامعة والنيك قال رحمه الله (فإن وطئ في المدة كفر) أي إن وطئها المولي في أربعة أشهر حنث في يمينه وكفر لأن الكفارة موجب الحنث وقال الحسن البصري لا تجب الكفارة لقوله تعالى ^ (فإن

---

(١) تبيين الحقائق، ٢/١٨٧

(٢) الذين يظاهرون منكم

فاءوا فإن الله غفور رحيم) ^ قلنا المراد به إسقاط عقوبة الآخرة بسبب قصده الإضرار بها لا إسقاط الكفارة المشروعة في الأيمان المنعقدة ألا ترى أن قتل الخطأ يوجب الكفارة وإن وعد المغفرة قال رحمه الله (وسقط الإيلاء) لأن الأيمان تنحل بالحنث فلا تبقى بعد انحلالها ولا إيلاء بدونها قال رحمه الله (وإلا بانت) أي إن لم يطأها في المدة وهي أربعة أشهر بانت منه وهو قول ابن مسعود وابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وروي ذلك عن عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وهو قول جمهور التابعين وقال الشافعي لا تبين بمضي المدة ولكن يوقف على أن يفيء إليها أو يفارقها فإن فعل وإلا فرق القاضي بينهما فصار الخلاف في موضعين أحدهما أن الفيء عنده يكون بعد مضي المدة وعندنا في المدة والثاني أن الفرقة لا تقع إلا بتطليق الزوج أو تفريق القاضي عنده وعندنا تقع بمضي المدة واستدل بقوله تعالى ^ (فإن فاءوا فإن الله غفور

". (١)

" والسلام ﴿ المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ﴾ ، وقال الشافعي تقع الفرقة بلعان الزوج ، ويتعلق بلعانه عنده أربعة أشياء قطع النسب ، وسقوط الحد عنه ، ووجوب الحد عليها ، وثبوت الفرق بينهما له في الفرقة أن الزوج لما شهد عليها بالزنا أربع مرات ، وأكد ذلك باللعان فالظاهر أنهما لا يأتلفان فلم يكن في بقاء النكاح فائدة فينفسخ كما ينفسخ بالارتداد ، ولنا حديث ابن عمر ﴿ أنه عليه الصلاة والسلام لاعن بين رجل ، وامرأته ففرق بينهما ، وألحق الولد بأمه ﴾ رواه مسلم والبخاري رضي الله عنهما وحديث ﴿ عويمر بن الحارث العجلاني أنه لاعن امرأته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من لعانهما قال كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴾ قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين رواه البخاري ، ومسلم ، وغيرهما ولو كانت الفرقة تقع بلعانهما أو بلعانه لأنكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا الباب أحاديث كثيرة صحاح كلها تثبت التفريق منه عليه الصلاة والسلام ، ولأنه لما ثبت حرمة الاستمتاع بينهما لما رواه زفر فات الإمساك بالمعروف ، وبمثله لا تقع الفرقة بل يجب عليه أن يسرح فإن فعل ، وإلا ناب القاضي منابه كما في الإباء والجب والعنة ، ولهذا قال عمر رضي الله عنه المتلاعنان يفرق بينهما ، وقال أبو بكر الرازي قول الشافعي خارج ليس له فيه سلف ، وقال الطحاوي قول الشافعي خلاف القرآن والحديث ، وينبغي على قوله أن لا تلاعن المرأة أصلا لأنها ليست زوجة له عند لعانها ، ولأن اللعان تحالف عنده فوجب أن لا ينفسخ النكاح إلا بالقضاء كما في التحالف في البيع ، وزعمت الشافعية أن التفريق المذكور في الحديث إعلامهما بوقوع الفرقة بينهما ، وهو غلط ، وتحريف محض لأن التفريق إيقاع الفرقة ولو كان كما قالوا لقال أعلمهما بوقوع الفرقة ، ويرده ما رواه أبو داود ﴿ فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴾ ومن العجب أنهم تعلقوا بحديث العجلاني المتقدم لإباحة إرسال الثلاث جملة حيث لم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ينكرون وقوع الطلاق عليها هنا ، ويلزمهم أيضا أنه عليه الصلاة والسلام لم ينكر عليه قوله كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ولولا أن النكاح قائم لأنكر عليه ، ولا يقال إنه أنكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها لأن ذلك ينصرف إلى طلب المهر لأنه روي ﴿ أنه

---

(١) تبيين الحقائق، ٢/٢٦٢

عليه الصلاة والسلام قال له حين طلب رد المهر إن كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كاذبا فأبعد اذهب فلا سبيل لك عليها ﴾ أو يكون معناه لا سبيل لك على إمساكها ثم قال بعض مشايخنا لا يستقيم هذا القول على قول أبي يوسف لأنه يقول الثابت باللعان تحريم مؤبد كحرمة الرضاع والمصاهرة وهي لا تتوقف على القضاء وعلى قولهما يستقيم لأن الفرقة باللعان عندهما تطليقة بائنة لأنها لدفع الظلم عنها فانتسب فعل القاضي إليه فكان طلاقا كالفرقة بسبب الجب أو العنة ، ونحوه قال شيخ الإسلام ، وهو مستقيم على قول أبي يوسف أيضا لأن المذهب عند علمائنا أن النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد حتى لو وطئها قبل التفريق لا يجب عليه الحد اشتبه عليه الأمر أو لم يشتبه نص عليه محمد في نكاح الأصل . قال رحمه الله (وإن قذف بولد نفى نسبه ، وألحقه بأمه) وشرطه أن يكون العلوق في حال يجري بينهما اللعان حتى لو علقت وهي أمة أو كافرة ثم أعتقت أو أسلمت لا ينفي ، ولا يلاعن لأن نسبه كان ثابتا على وجه

"(١) .

" لا يمكن قطعه فلا يتغير بعده ، وصورة هذا اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي الولد ، وكذا في جانبها فتقول أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفي الولد ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكره في اللعان الأمرين فيقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ، ونفي ولدها ، وتقول المرأة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، ونفي الولد ثم ينفي القاضي نسبه ، ويلحقه بأمه لأن المقصود بهذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ، ويثبت نفي الولد ضمنا للقضاء بالتفريق ، وعن أبي يوسف أنه يقول قد فرقت بينكما ، وقطعت نسب هذا الولد عنه ، وألزمته أمته لأن كل واحد منهما ينفك عن الآخر ألا ترى أن الولد إذا مات قبل اللعان بعد القذف بالنفي أو قذفها بالزنا فقط لا ينتفي نسبه باللعان ، ولو نفى نسب ولد أم الولد انتفى بقوله من غير لعان ، وقال إبراهيم يلاعن بينهما ، ولا ينفي الولد لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ الولد للفراش وللعاهر الحجر ﴾ ، وقال بعض الناس بنفس اللعان ينقطع عن الأب ، ويلتحق بالأم ، ولنا ما روينا من حديث ابن عمر رواه الجماعة ، وفيه ففرق بينهما ، وألحق الولد بأمه فيكون حجة على الفريقين . قال رحمه الله (فإن أكذب نفسه حد) لإقراره بوجوب الحد عليه ، هذا إذا أكذب نفسه بعد اللعان ، وإن أكذب قبله ينظر فإن لم يطلقها قبل الإكذاب فكذلك لما ذكرنا ، وإن أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد عليه ، ولا لعان لأن المقصود من اللعان التفريق به بينهما فلا يتأتى به بعد البينونة ، ولا يجب عليه الحد لأن قذفه كان موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لأن القذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما إذا أكذب نفسه بعد اللعان لأن وجوب اللعان تم بالقذف الأول ، والحد بكلمات اللعان لأنه نسبها فيه إلى الزنا ، واللعان شهادة ، والشهود إذا رجعوا يجب الحد عليهم لأنهم نسبوه إلى الزنا بشهادتهم فكذا هذا ، وعلى هذا لو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان لأنه قذفها وهي زوجة ثم أبانها ولو قال لها أنت طالق ثلاثا يا زانية يجب الحد لأنه قذفها بعدما بانت

(١) تبيين الحقائق، ١٨/٣

، وصارت أجنبية فيحد . قال رحمه الله (وله أن ينكحها) أي له أن يتزوج بها بعدما أكذب نفسه ، وحد وهذا عندهما ، وقال أبو يوسف ليس له ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا ﴾ رواه أبو داود بمعناه ، ومثله عن علي وابن مسعود وابن عباس رواه الدارقطني ، ولهما أن الإكذاب رجوع ، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها في حق الراجع فيرتفع اللعان ، ولهذا يحد ، ويثبت نسب الولد ، ولا يجتمع الحد واللعان فلزم من إقامة الحد انتفاء اللعان ، وكذا لا ينفي اللعان مع ثبوت النسب ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا ﴾ أي ما داما متلاعنين كقوله تعالى ﴿ ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ﴾ أي ما دام منافقا يقال المصلي لا يتكلم أي ما دام مصليا فلم يبق متلاعنا لا حقيقة لعدم الاشتغال به ، ولا مجازا لأنه إنما سمي متلاعنا لبقاء اللعان بينهما حكما ، ولم يبق قال رحمه الله (وكذا إن قذف غيرها فحد أو زنت فحدت) يعني حلت له لأنه بعد حد القذف لم يبق أهلا للعان ، وكذا هي لو قذفت إنسانا فحدت لأنها لم تبق أهلا له بعده ، والمنع لأجل الأهلية حتى لا يقذفها مرة أخرى فيلتعنان فإذا بطلت الأهلية أمن من ذلك فيجتمعان ، وهذا لأن اللعان لم يشرع في العمر بين الزوجين إلا مرة فلو أبيح له التزويج بها ، والأهلية باقية لأدى إلى وقوعه مرارا ، وإذا بطلت لم يؤد فجاز ، وكذا زناها يسقط إحصانها فيبطل به أهليتها ، وقوله فحدت وقع اتفاقا لأن زناها من غير حد يسقط

". (١)

" رقبة أو إطعام في يوم ذي مسغبة يتيما ذا مقربة أو مسكينا ذا متربة ثم كان من الذين آمنوا ﴾ تقديره وكان قبل ذلك لأن الأعمال الصالحات قبل الإيمان لا يعتد بها ولهذا لا يجب عليه التكفير قبل الحنث ولو كان كما قاله لوجب التكفير أولا ثم الحنث بعده مفصولا للآمر به بكلمة ثم على زعمه ولا يلزم من الإضافة إليه أن يكون سببا له لأن الإضافة إلى غير السبب كالشرط وغيره جائز ألا ترى أنه يقال كفارة الصوم وكفارة الإحرام ، والصوم ليس سببا لوجوبها وكذا الإحرام ولأن الكفارة خلف عن البر فلا يصار إليها ما دام البر باقيا ولا يعتد به إن فعله كما لا يصار إلى التيمم ولا يعتد به إذا فعله مع القدرة على الماء وهذا لأن الكفارة توبة قال الله تعالى في كفارة القتل ﴿ توبة من الله ﴾ والتوبة قبل الجريمة لا يعتد بها كالطهارة قبل الحدث ولهذا لا يجوز التكفير بغير المال ولو كان سببا كما قال لجاز ككفارة القتل فإنه يجوز بالصوم بعد الجرح وفرقه بين المالي والبدني ساقط لأن حق الله تعالى في المالي فعل الأداء والمال آلته وإنما يقصد عين المال في حقوق العباد لحاجتهم إليه ولا يقال إن الله تعالى رتب الكفارة على اليمين بقوله تعالى ﴿ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته ﴾ والفاء للوصل والتعقيب فيقتضي أن تجوز الكفارة بعد اليمين متصلا بها وقال ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم جعلها كفارة اليمين ورتبها على الحلف لا على الحنث لأنا نقول الحنث مضمر فيه تقديره فكفارته إذا حنثتم ، وتقدير الأخرى إذا حلفتم وحنثتم كما أضمر الفطر في قوله تعالى ﴿ فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ﴾ أي فأفطر فعدة من أيام أخر وكقوله ﴿ إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا ﴾ أي إذا قمتم إليها وأنتم محدثون ولو كان كما قاله لما اختص بالمالي

(١) تبيين الحقائق، ١٩/٣

على ما ذكرنا ولو قدم التكفير لا يسترد من الفقير لأنه وقع صدقة تطوعا كما إذا قدم الزكاة قبل الحول ثم ذهب المال قال رحمه الله (ومن حلف على معصية ينبغي أن يحنث ويكفر) أي يجب عليه أن يحنث لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا في معصية ولا في قطيعة رحم ﴾ رواه النسائي وأبو داود وهو محمول على نفي الوفاء بالمحلوف عليه ولأن البر معصية أيضا كالحنث لهتك حرمة الاسم فيجب المصير إلى أخفهما إثما وهو الحنث لأنه مرخص له شرعا بما روينا وما يلزم من المعصية في البر ليس بمرخص له فوجب الأخذ بالمرخص ولأن في الحنث فوات البر إلى جابر وفي البر لزوم المعصية بلا جابر فيجب الحنث لأن الفوات إلى خلف كلا فوات قال رحمه الله (ولا كفارة على كافر وإن حنث مسلما) وقال الشافعي رحمه الله تجب عليه الكفارة وإن حنث كافرا لأن اليمين يعقد للبر وهو أهل له لأن البر يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله تعالى فيحمله اعتقاده على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات ولنا قوله تعالى ﴿ فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا أيمان لهم ﴾ ولأنه ليس بأهل لليمين لأن المقصود منها البر تعظيما لله تعالى والكافر ليس من أهله لأنه هاتك حرمة الاسم بالكفر والتعظيم مع الهتك **لا يجتمعان** والبر لا يتحقق إلا من المعظم بخلاف الاستخلاف في الخصومات لأنه أهل لمقصوده وهو النكول أو الإقرار وليس بأهل للكفارة لأنها عبادة ستارة كاسمها ومعنى العقوبة فيها تابع ويستحيل منه العبادة لأنه ليس بأهل لها ولا لحكمها وهو الثواب فلا يشرع في حقه أصلا قال رحمه الله (ومن حرم ملكه لم يحرم) أي من حرم على نفسه شيئا مما يملكه بأن يقول مالي علي حرام أو ثوبي أو جاريتي فلانة أو ركوب هذه الدابة لم يصر محرما عليه لذاته لأنه قلب المشروع وتغييره ولا قدرة له على ذلك بل الله تعالى هو المتصرف في ذلك بالتبديل قال رحمه الله (وإن استباحه كفر) أي إن أقدم على ما حرمه يلزمه كفارة اليمين لأنه ينعقد به يمينا فصار حراما لغيره وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لأنه قلب الموضوع على ما ذكرنا فلا ينعقد به اليمين إلا في النساء والجواري ولنا قوله تعالى ﴿ يا أيها النبي

". (١)

" (لا يشرب من دجلة على الكرع بخلاف من ماء دجلة) أي لو حلف لا يشرب من دجلة فيمينه على الكرع حتى لو شرب بإناء لم يحنث حتى يكرع فيها كرعا بخلاف ما إذا حلف لا يشرب من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب بالإناء وبغيره لأن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهو الشرط في الأول دون الثاني وقالا إذا شرب بالإناء أيضا يحنث لأنه المتعارف يقال يشرب أهل بغداد من دجلة والمراد الشرب بأي شيء كان وله أن كلمة من للتبعيض حقيقة وهي مستعملة فيه عرفا وشرعا ﴿ قال النبي صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في الشن وإلا كرعنا ﴾ والحقيقة مرادة ولهذا لو شرب كرعا يحنث ولو حنث بالشرب بإناء يلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو ممتنع وهما يقولان ليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز بل هو عمل بعموم المجاز وأبو حنيفة يقول الحقيقة مستعملة فلا يصار إلى المجاز والحق أن هذه المسألة مبنية على أن المجاز الراجح أولى عندهما من الحقيقة المستعملة فيصار إلى المجاز لذلك وعنده الحقيقة المستعملة

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/١١٤

أولى فلا يصار إلى المجاز وهو نظير اختلافهم فيمن حلف لا يأكل من هذه الحنطة ولو حلف لا يشرب من ماء البئر أو من ماء الجب بشربه بالإناء إجماعا لأنه لا يمكن فيه الكرع فتعين المجاز وإن كان يمكن الكرع فعلى الخلاف ولو تكلف وشرب بالكرع فيما لا يمكن الكرع لا يحنث لأن الحقيقة والمجاز **لا يجتمعان** ولو حلف لا يشرب من الفرات أو من ماء الفرات فعلى ما تقدم في دجلة وفاقا وخلافا ولو شرب من نهر يأخذ من الفرات لا يحنث في يمينه لا يشرب من الفرات لعدم الكرع في الفرات إجماعا لحدوث النسبة إلى غيره فانقطعت النسبة إلى الفرات ويحنث في يمينه لا يشرب من ماء الفرات لأن يمينه انعقدت على شرب ماء منسوب إلى الفرات ومثل هذا النسبة لم تنقطع بمثله ولو حلف لا يشرب ماء فراتا فهو على شرب ماء عذب من أي موضع كان لأنه عبارة عن العذب وقد جعله الله تعالى وصفا للماء قال الله تعالى ﴿ وأسقيناكم ماء فراتا ﴾ وكذلك لو قال لا أشرب من ماء فرات لما ذكرنا ولو حلف لا يشرب ماء هذا الكوز فصب ماؤه في كوز آخر فشربه لم يحنث لتبدل النسبة قال رحمه الله (إن لم أشرب ماء هذا الكوز اليوم فكذا ولا ماء فيه أو كان فصب أو أطلق ولا ماء فيه لا يحنث وإن كان فصب حنث) أي رجل قال لامرأته إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأنت طالق وليس فيه ماء أو كان فيه ماء فصب قبل غروب الشمس أو أطلق اليمين أي لم يقل اليوم وليس في الكوز ماء لم يحنث في هذه الصور كلها وإن كان فيه فصب حنث أي في المطلق وهو ما إذا لم يقل اليوم فحاصله أن هذه المسألة على وجهين إما أن يكون مؤقتة باليوم أو لم تكن مؤقتة به وكل وجه على وجهين إما أن يكون فيه ماء فصب أو لا يكون فيه ماء أما في المؤقت لا يحنث في الوجهين لأنه إن لم يكن فيه ماء يستحيل الشرب منه واليمين على المحال لا تنعقد وكذلك إن كان فيه ماء فصب قبل الليل لأن البر في المؤقت يجب في آخر الوقت وعند

---

(١) ".

" نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما يبنى على الدرء فإن قيل الاحتياط في الحبس أكثر فكيف يكون مشروعا قلنا حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لأنه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرا له ﴿ وحبس عليه الصلاة والسلام رجلا بالتهمة ﴾ بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة لأن الحبس أقصى عقوبة فيها ألا ترى أنه لا يعاقبه بعد ثبوت الحق إلا به فلا يجوز أن يفعله قبل الثبوت بخلاف الحدود فإن فيها عقوبة أخرى أغلظ منه قال رحمه الله (وبإقراره أربعا في مجالسه الأربعة كلما أقر رده) أي يثبت الزنا بإقراره أربع مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر كلما أقر رده القاضي وقال الشافعي يكتفى بالإقرار مرة لأن الإقرار مظهر وتكراره لا يزيد شيئا كما في سائر الحقوق بخلاف كثرة العدد في الشهود لأنه يفيد زيادة طمأنينة القلب ولنا حديث ﴿ ماعز رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام أخر إقامة الحد عليه إلى أن تم إقراره أربع مرات في أربعة مجالس ﴾ فلو ظهر دونها لما أخرها لثبوت الوجوب ولأن الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الإقرار تعظيما لأمر الزنا وتحقيقا للستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولأن لاتحاد المجلس أثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد فيه وهو قائم بالمقر فيعتبر مجلسه دون مجلس القاضي ويرده القاضي كلما

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/١٣٤

أقر فيذهب به حتى يغيب عن نظره في كل مرة فيما يروى عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه عليه الصلاة والسلام ﴿ طرد ماعزا حتى توارى بحيطان المدينة ﴾ فإن قيل إنما رده عليه الصلاة والسلام قبل أن يتبين له عقله لأنه جاء أشعث أغبر متغير اللون ولما استبان له عقله رجمه ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام قال له ﴿ أبك خبل أبك جنون فقال لا فسأل عنه فقالوا ما نعلم فيه إلا خيرا وبعث إلى أهله هل تنكرون من عقله شيئا فقالوا لا فسأله عن إحصانه فأخبره أنه محصن فرجمه ﴾ قلنا ليس كذلك لأن يدل على كمال عقله إذ هي حالة التوبة والخوف من الله لا على جنونه وقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ أبك خبل أبك جنون ﴾ تلقين منه لما يدرأ به الحد كما قال عليه الصلاة والسلام له ﴿ لعلك قبلتها لعلك باشرتها ﴾ والسؤال عنه كان على سبيل الاحتياط والدليل عليه ما قاله أبو بكر الصديق رضي الله عنه له بعدما أقر ثلاث مرات إنك إن اعترفت الرابعة رجمك فاعترف وهذا دليل على أن هذا العدد كان معروفا بينهم ظاهرا عندهم ألا ترى إلى قول أبي بريدة كنا نتحدث في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه وصح ﴿ أن الغامدية رجمها عليه الصلاة والسلام بعد ما أقرت أربع مرات ﴾ ولا يقال إذا لم يجب الحد بإقراره مرة وجب أن يجب المهر لأنه أقر بوطء لا يوجب الحد فإذا وجب المهر وجب أن لا يجب الحد بعد ذلك لأنهما **لا يجتمعان** لأنا نقول الأمر موقوف فإن تمت الحجة لم يجب وإلا وجب كما قلنا في الشهادة إن البعض إذا شهدوا يتوقف الأمر فإن تم النصاب لا يكون قذفا وإلا فهو قذف فكنا متوقفين في إيجاب الحد عليهم أو على الزانيين ولا فرق في الإقرار بين أن يكون حرا أو عبدا وفي العبد خلاف زفر رحمه الله وقد عرف في موضعه وقال ابن أبي ليلى لا يعتبر اختلاف المجالس وإنما يعتبر العدد فقط كما في الشهادة والحجة عليه ما بيناه وينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار ويظهر الكراهية من ذلك ويأمر بإبعاده عن مجلسه في كل مرة لأنه عليه الصلاة والسلام فعل كذلك وقال عمر رضي الله عنه اطردوا المعترفين يعني بالزنا قال رحمه الله (وسأله كما مر فإن بينه حد) أي إذا تم إقراره أربع مرات سأله كما مر في الشهادة وهو أن يسأله عن الزنا ما هو وكيف هو وأين هو وأين زنى وبمن زنى ومتى زنى ليزول الاحتمال على ما مر وقيل لا يسأله عن الزمان لأن تقادم

". (١)

" ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع فإن قيل اليمين لم تحصل بقطع اليسرى بل كانت حاصلة بخلاف المستشهد به فكيف يقال أخلف قلنا اليمين كانت مستحقة الإتلاف فبقطع اليسرى سلمت فصارت كالحاصلة له به ولا يلزم على هذا لو قطع رجله اليمنى حيث لا تقطع يده اليمنى ومع هذا يجب على القاطع الضمان لأنا نقول لا رواية فيه فيمنع ولئن سلم فالمتلف ليس من جنس الباقي فلم يخلف ما يقوم مقامه وعلى هذه النكتة التي اعتبر فيها الاختلاف لو قطع اليسار غير الحداد لا يضمن في الصحيح إذا كان بعد حكم الحاكم بالقطع لما ذكرنا أنه أخلف ثم في العمد يجب ضمان المال المسروق على السارق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه لم يقع حدا وسقوط الضمان عنه في ضمن وقوعه حدا وكذا عندهما بل أولى وفي الخطأ كذلك على الطريقة التي

(١) تبيين الحقائق، ٣/١٦٦

اعتبر فيها وهي أن القاطع لا يجب عليه الضمان لأنه أتلف وأخلف ولم يقع حدا وعلى الطريقة الأخرى وهي أن القاطع اجتهد وأخطأ في اجتهاده حيث زعم أن الكتاب مطلق عن قيد اليمين يكون قطع اليسار واقعا على الحد لأن المجتهد معذور في الخطأ فلا يجب الضمان إذ القطع والضمان **لا يجتمعان** والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد وأما الخطأ في معرفة اليمين من اليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عفوا أيضا هذا إذا عين له الإمام أو الحاكم اليمنى بأن قال له اقطع يمين هذا . وأما إذا أطلق بأن قال له اقطع يده ولم يعين لا يضمن القاطع باتفاق لعدم المخالفة إذ اليد تنطلق عليهما وكذا لو أخرج السارق يساره فقال هذه يميني لأنه قطعه بأمره وهذا كله إذا كان بأمر الإمام وأما إذا قطعه أحد قبل أن يقضي ولم يأمر به فيجب القصاص في العمد والدية في الخطأ اتفاقا ويسقط القطع عن السارق لأن مقطوع اليد لا يجب عليه القطع حدا كي لا يؤدي إلى المثلة ويجب عليه ضمان ما سرق لعدم القطع حدا قال رحمه الله (وطلب المسروق منه شرط القطع) أي طلبه المال المسروق حتى لا يقطع وهو غائب لأن الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والإقرار في ذلك لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره عند الأداء والقطع لتنتفي تلك الشبهة وكذا إذا غاب عند القطع لأن الإمضاء في الحدود من القضاة وفي البدائع إذا أقر أنه سرق من فلان الغائب قطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه وقيل عندهما ينتظر وعند أبي يوسف لا ينتظر وذكر في النهاية معزيا إلى المبسوط أنه معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء لأن الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير وقال ابن أبي ليلى لا يشترط حضوره فيهما لأن الحد حق الله تعالى فكان من باب الحسبة كالزنا وقال الشافعي لا حاجة إلى حضوره في الإقرار دون البينة لأن الشهادة تبتنى على الدعوى دون الإقرار والحجة عليهما ما بيناه قال رحمه الله (ولو مودعا أو غاصبا

---

(١) ".

" صاحب مال يضمن وإلا نظرا للجانبين قلنا المضمون لا يختلف بين أن يكون موسرا أو فأقاد وإنما يؤثر الإعسار في التأخير لا غير وقال الشافعي يضمن سواء هلك أو استهلكه فحاصله أن القطع والضمان **لا يجتمعان** عندنا كالحد مع العقر وعنده يجتمعان لأنهما حقان اختلفا محلا ومستحقا وسببا لأن محل القطع اليد ومستحقه هو الله تعالى وسببه الجناية على حق الله تعالى وهو ترك الانتهاء عما نهى عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه إثبات اليد على مال الغير على وجه العدوان فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدية مع الكفارة في القتل خطأ وكالقيمة مع الجزاء في قتل صيد مملوك في الحرام وكإيجاب القيمة مع الحد في شرب خمر الذمي . ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال ﴿ لا غرم على سارق بعد ما قطعت يمينه ﴾ ولأن لو ضمناه ينتفي وجوب القطع لما عرف أن ضمان العدوان يوجب ملك المضمون من وقت الأخذ ضرورة أن لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد فيتبين أنها وردت على ملكه وأن القطع كان بغير حق لأنه لا يقطع على أخذ مال نفسه فكان القول به باطلا ولأن القطع خالص حق الله تعالى فلا يجب إلا بجناية واقعة على حقه خالصا بلا شبهة وذلك بأن يكون معصوما لله تعالى ليس للعبد فيه حق كالخمر

---

(١) تبيين الحقائق، ٢٢٧/٣

والميتة فلا يضمن ولو بقي له حق لكان مباحا لذاته حراما لغيره وهو لحق مالكه فكان حراما من وجه دون وجه فيسقط الحد للشبهة فيصير حراما حقا للشرع فقط كالزنا فلا يضمن إلا أن هذه العصمة وهي كونه معصوما لله تعالى لا يظهر في حق شخص آخر حتى يضمنه بالإتلاف لعدم الضرورة في حقه وكذا في حق السارق بالنسبة إلى الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة فلا ضرورة إليه في حقه . وكذا الشبهة الدارئة للحد تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره فلا يضرنا جعله معصوما لحق العبد بالنسبة إلى الاستهلاك إذ لا يؤدي إلى انتفاء القطع باعتباره مالا في حقه كما في حق الأجنبي ووجه المشهور أن الاستهلاك إتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه بمعنى أنه لو كان معصوما لحق العبد في حق الاستهلاك لأدى إلى سقوط القطع وكذا ظهر سقوط العصمة في حق الضمان حتى لا يجب عليه ضمانه لأنه لو لم يسقط في حقه يلزم أن يجب مال معصوم بمقابلة مال غير معصوم ولا متقوم فانتفى الضمان لانتفاء المماثلة كما لا يجب باستهلاك المنافع لهذا المعنى ولا نسلم أن هنا سببين بل هو سبب واحد وهو سرقة مال متقوم لصيانة أموال الناس لا غير فلا يجب حقان مختلفان بسبب واحد كالقصاص مع الدية بخلاف ما استشهد به لأن هناك سببين مختلفين لأن ما يجب من الجزاء حقا لله تعالى لا تعلق له بكون المحل معصوما مملوكا ألا ترى أنه لو قتل صيدا غير مملوك أو صيد نفسه أو شرب خمر نفسه أو قتل عبد نفسه تجب هذه الأجزية حقا لله تعالى وحق العبد فيه متعلق بالمحل بدلا عنه فتعدد الموجب لتعدد السبب فافترقا فإن قيل متى انتقلت العصمة حقا لله تعالى إن قلتم قبل السرقة ففيه سبق الحكم على السبب وإن قلتم بعد السرقة فهذا غير مفيد لأن السبب صادف محلا محترما حقا للمالك وإن قلتم مع السرقة فهو باطل أيضا لأن السرقة وقت الوجود ليست بموجودة فكيف يوجد حكمها . قلنا انتقلت العصمة قبيل السرقة متصلا بالسرقة لتنعقد السرقة موجبة للقطع ويجوز سبق الحكم على السبب إذا كان ذلك الحكم شرط صحة ذلك السبب كما في قوله أعتق عبدك عني بألف درهم فقال أعتقت يثبت الملك مقتضى للعتق سابقا عليه ضرورة صحة العتق عنه فكذا هذا فإن قيل إذا انتقلت العصمة ولم يبق حق المالك فكيف يشترط خصومته قلنا ما شرط المالك لذاته بل لإظهار السرقة وليتمكن الإمام من القطع حتى لو وجدت الخصومة من غير مالك اكتفى به على ما مر قال رحمه الله (ولو قطع لبعض السرقات لا يضمن شيئا) يعني لو سرق سرقات فقطع في إحداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها إلا في التي قطع لها ولو حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق لهما في الخلافية أن المسقط للضمان القطع وهو حصل

". (١)

" والمالك متمكن من الزراعة ولم يزرعها وأما إذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار قوته وأسبابه فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وإن شاء آجرها وأخذ الخراج من أجرتها وإن شاء زرعها بنفقة من بيت المال وأخذ الخراج من نصيب صاحب الأرض وإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج وقال في النهاية هذا بلا خلاف لأنه إلحاق الضرر بالواحد لأجل العامة وعن أبي يوسف أنه يدفع إلى

(١) تبيين الحقائق، ٢٣٢/٣

العاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها ولو انتقل إلى أخس مما كان يزرعها من غير عذر فعليه خراج الأعلى لأنه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كي لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس بالدعاوى الباطلة بأن يقول كانت هذه الأرض قبل هذا كيت وكيت لشيء هو أحسن مما فيها فنسد هذا حتى لا ينفتح لهم باب الظلم وأما إذا أسلم صاحب الأرض الخراجية فلأن الخراج فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فيبقى على المسلم وعقوبة في الابتداء فلا يبتدأ المسلم به ولأن الخراج من أثر الكفر فجاز بقاؤه على المسلم كالرق بخلاف الجزية لأن الرأس لا مؤنة فيه فيسقط والأرض لا تخلو عن مؤنة فلو سقط الخراج لاحتجنا إلى إيجاب شيء آخر من المؤن ولأن في الجزية صغارا أيضا فلا تبقى بعد الإسلام بخلاف الخراج وقد روي أن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اشتروا الأرض الخراج وأدوا خراجها فدل على بقائه على المسلم وجواز شرائه وأدائه من غير كراهة وأما إذا اشترى المسلم أرض الخراج فلما بينا ثم إن بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه وإلا فعلى البائع قال رحمه الله (ولا عشر في خارج أرض الخراج) وقال الشافعي رحمه الله يجب فيه العشر مع الخراج لأنهما حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا ومصرفا فإن الخراج مؤنة فيها معنى العقوبة ، والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج يجب في الذمة والعشر في الخارج ويجب الخراج بالتمكن والعشر بحقيقة الخارج ويصرف الخراج في مصالح المسلمين والعشر للفقراء فوجوب أحدهما لا ينافي الآخر . ولنا قوله ﴿ عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ﴾ ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما فصار إجماعا عملا وكفى بهم قدوة ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا وأقر أهلها عليها والعشر في أرض أسلم أهلها عليها طوعا أو قسمت بين الغانمين والوصفان **لا يجتمعان** في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهي الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان إلى الأرض والإضافة تدل على الاختصاص وهو بالسببية وكل واحد منهما مؤنة أرض نامية ولا يجتمع وظيفتان بسبب أرض واحدة وعلى هذا الخلاف الزكاة مع العشر أو الخراج حتى لو اشترى أرضا عشرية أو خراجية للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا وعنده تجب الزكاة مع أحدهما ومحمد رحمه الله معه فيه لاختلاف محلهما لأن العشر محله الخارج . وكذا الخراج لكن في أحدهما حقيقة وفي الآخر تقديرا والزكاة محلها مال التجارة وهي الأرض فلا تنافي بينهما كدين ثمن الأرض معهما بخلاف العشر والخراج لأن محلهما واحد على ما بينا قلنا إن العشر والخراج مؤنة الأرض النامية ولهذا يضافان إليها وكذا الزكاة وظيفة المال النامي وكذا العشر والخراج واحد وهو الأرض النامية وكل واحد منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا تجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد فصار كالعشر والخراج بخلاف دين ثمن الأرض مع أحدهما لأن الدين يجب للعبد والعشر والخراج لله تعالى فلا يتنافيان بل يجتمعان وإن كانا بسبب ملك مال واحد ثم إذا ثبت أنهما **لا يجتمعان** كان العشر أو الخراج أولى من الزكاة بالوجوب لأنهما صارا وظيفة لازمة لها ولا يسقطان بعذر الصبا والجنون والرق وهما أسبق وجوبا من الزكاة فتترك على حالها ثم الخراج لا يتكرر بتكرر الخارج في سنة لأن عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لأنه لا يتحقق كونه عشرا إلا بوجوبه في كل الخارج والله أعلم

". (١)

" الرق حيث يبقى بعد الإسلام لأنه في حالة البقاء ليس بعقوبة وإنما هو من الأمور الحكمية حتى يسري إلى الولد تبعا بخلاف الجزية قال رحمه الله (والتكرار) أي تسقط بالتكرار ومعناه إذا لم تؤخذ منه الجزية حتى حال عليه حولان وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد لا تسقط وتؤخذ منه جزية سنتين . وهو قول الشافعي رحمه الله لأنها عوض والأعواض لا تسقط بمضي الزمان فصار كخراج الأرض بخلاف ما إذا أسلم على قولهما لأنه بعد الإسلام تعذر استيفاؤها من الوجه الذي شرعت هي فيه وهو الصغار لأن المسلم يوقر ولا يحقر والمشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة فسقطت للتعذر ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنها عقوبة وجبت على الكفر تؤخذ منه على وجه الإذلال ولهذا لو بعثها على يد غلامه أو نائبه لا يمكن من ذلك في أصح الروايات بل يكلف أن يحضر بها بنفسه فيعطي واقفا والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول له أعط الجزية يا ذمي ، والعقوبات الواجبة لله إذا تراكمت تداخلت إذا كانت من جنس واحد كالحدود ألا ترى أن كفارات الإفطار تتداخل وإن كانت عبادة لما فيها من معنى العقوبة فالعقوبة التي ليس فيها معنى العبادة أولى ولأنها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وكلاهما يوجب السقوط لأن القتل يكون في حراب قائم في الحال وكذا النصرة تكون في المستقبل دون الماضي لأنه مستغنى عنه فلا يتصور فيه التكرار والكثرة ولهذا لو مات عند تمام السنة أو قبل التمام لا تؤخذ منه وخراج الأرض قيل على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه اتفاقا لأنه يجب مؤنة الأرض قائما مقام العشر ولهذا **لا يجتمعان** والعشر يتكرر فكذا هذا وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه فحمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع ويتداخل . والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول وأنه مجرى على حقيقته فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء وظاهر قوله تعالى ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾ يدل على ذلك لأن الله تعالى جعل الإعطاء غاية ينتهي إليه القتل ويجب ترك القتل في أول السنة ولا ينتظر فيه إلى حولان الحول فكذا الإعطاء وهذا لأنها وجبت لإسقاط القتل فتجب للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد ولأن المعوض قد سلم لهم للحال فوجب عليهم العوض كذلك ولا يمكنهم القياس على خراج الأرضين لأنه في مقابلة الانتفاع بالأرض فما لم تسلم لهم المنفعة لا تجب عليهم الأجرة ولا تلزمنا الزكاة لأنها إنما وجبت في آخر الحول ليتحقق النماء إذ هي لا تجب إلا في المال النامي قال رحمه الله (ولا تحدث بيعة ولا كنيسة في دارنا) لقوله

". (٢)

" عليه الصلاة والسلام ﴿ كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه ﴾ الحديث . رواه البخاري ومسلم وأحمد ﴿ وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت من يموت منهم قال الله أعلم بما كانوا عاملين ﴾ فيكون حجة

---

(١) تبيين الحقائق، ٢٧٥/٣

(٢) تبيين الحقائق، ٢٧٩/٣

لأبي حنيفة ومحمد في توقفهما في أطفال المشركين فإذا تبعهما يجبر على الإسلام كما يجبران عليه ولا يقتل تبعا لأبيه لأنه كافر أصلي وليس بمرتد حقيقة فيكون حكمه في القتل حكم الكافر الأصلي وولد الولد يسترق ولا يقتل لما ذكرنا وهل يجبر على الإسلام ففيه روايتان في رواية يجبر رواها الحسن عن أبي حنيفة تبعا لجده وفي رواية لا يجبر لأنه لو أجبر إما أن يجبر تبعا لأبيه ولا وجه له لأن أباه كان تبعا لأبويه والتبع لا يكون له تبع أو تبعا لجده ولا وجه له لأن تبعية الآباء في الدين على خلاف القياس ولا يلحق به الجد ولو ألحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم وحواء عليهما السلام ولم يوجد في ذريتهما كافر غير المرتد وأصل هاتين الروايتين مبني على أن ولد الولد يكون مسلما بإسلام جده أم لا ففي رواية الحسن يكون مسلما فإذا تبعه في الإسلام تبعه في الإجبار عليه أيضا وفي رواية لا يتبعه في الإسلام فكذا في الإجبار والمسائل التي جعل الجد فيها كالأب أربعة كلها تخرج على الروايتين إحداها هذه والثانية صدقة الفطر إذا كان الجد موسرا فهل تجب عليه صدقة فطر الحافد والثالثة الوصية وهو ما إذا أوصى لأقربائه هل يدخل الجد فيها أو لا والرابعة جر الولاء وهو ما إذا أعتق الجد هل يجر ولاء الحافد إلى مولاه أم لا ففي ظاهر الرواية لا يكون الجد في هذه المسائل كالأب قال رحمه الله (وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه ويجبر عليه ولا يقتل) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام وقال زفر والشافعي ارتداده ليس بارتداد ولا إسلامه بإسلام لأنه يلزمه أحكام يشوبه بها ضرر كحرمان الإرث ولزوم الفرقة بينه وبين امرأته المشركة أو المسلمة وامتناع وجوب نفقته على أبويه أو غيرهما من أقاربه ولأنه تبع لأبويه فلا يجعل أصلا إذ التبعية دليل العجز والأصالة دليل القدرة وبينهما تناف **فلا يجتمعان** في شخص واحد ولأبي يوسف أن الارتداد من التصرفات الضارة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق وغيرهما مما تمحض ضررا ولهما ما روي عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال ﴿كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه فإذا أعرب عنه لسانه فإما شاكرا وإما كفورا﴾ رواه أحمد وصحح عليه الصلاة والسلام إيمان علي رضي الله عنه وقد كان آمن صبيا وافتخاره بذلك معروف وكان يقول : سبقتكم إلى الإسلام طرا غلاما ما بلغت أوان حلمي وسقتكم إلى الإسلام قهرا بصارم همتي وسنان عزمي وذكر أبو جعفر أنه أسلم ابن خمس سنين وذكر القتبي أن عمره كان سبع سنين وعن عروة أنه قال أسلم علي وعمره ثمان سنين أخرجه البخاري ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو التصديق بالجنان والإقرار باللسان وكذا أتى بحقيقة الكفر وهو الجحود والإنكار ولا مرد للحقائق وهذا لأن الإقرار عن طوع دليل الاعتقاد فلا سبيل إلى رده ولا الحجر عنه لأن الحقائق لا يحجر عنها كما لا يحجر في حق سائر أفعاله حتى وجب عليه

---

(١) ".

" مخير بين الستر والإظهار ولكن الستر أفضل لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام : ﴿ من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة ﴾ وفيما نقل من تلقين المقر للدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه دلالة ظاهرة على أن الستر أفضل ، وإن شاء أظهر لأن فيه حسبة أيضا لأن فيه إزالة الفساد أو تقليله فكان حسنا ولا يلزم على هذا قوله تعالى

---

(١) تبيين الحقائق، ٢٩٢/٣

﴿ إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا ﴾ الآية لأن ظاهر الآية والله أعلم يقتضي أنهم يحبون أن تشيع فيهم الفاحشة لأجل أنهم آمنوا وذلك صفة الكافر فلذلك وعدوا بعذاب أليم ولأن مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد لا إشاعتها ولهذا أمر الله تعالى بالإشهاد به بقوله تعالى ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ فلهذا حسن والأول وهو الستر أحسن لما بينا ولا يلزم عليه قوله تعالى ﴿ ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ لأن المراد به حقوق العباد بدليل قوله تعالى ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ أي إذا دعاهم المدعي إذ الحدود ليس لها مدع يدعيها ولأن الحدود حق الله تعالى والله غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده ، والعبد محتاج شحيح فلا يقاس أحد الحقين على الآخر قال رحمه الله (ويقول في السرقة أخذ لا سرق) لأن الشهادة بالمال واجب إذا طلبه المدعي ، والستر في الحد أفضل على ما بينا ، وأمكنه الجمع بينهما بإقامة الحقين بقوله أخذ لأنه يحيي به حق المدعي ولا يجب به الحد ولأن القطع متى وجب عليه سقط الضمان إذ لا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي بقوله سرق فيتوقاه مراعاة لحقه إذ هو محتاج إليه وفيه صيانة يد السارق والله غني عن كل شيء فلا ضرورة إلى إقامته قال رحمه الله (وشرط للزنا أربعة رجال) لقوله تعالى ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ ولقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ ولقوله تعالى ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك ﴾ وهذه الألفاظ موضوعة للمذكر دون المؤنث وقد انعقد الإجماع على اشتراط الذكور فيه لأن الله تعالى يحب الستر على عباده وأوعد بالعذاب من أحب إشاعة الفاحشة على المؤمنين بما تلونا وفي اشتراط الأربع مع وصف الذكورة تحقيق معنى الستر إذ وقوف الأربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق وأوجب على من نسب إلى هذه الفاحشة الحد إن كان أجنبيا ، واللعان إن كان زوجا كل ذلك يؤكد معنى الستر ويمنع من الإظهار ولا يقال ليس في هذه النصوص إلا بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيه بيان ما يمنع العمل بأقل منه لأنا نقول هو كذلك لأن التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور ولكن لا يوجبه أيضا فمن ادعى جواز ما دونه يحتاج إلى دليل كما أن النافي للحكم عند انتفائه لا ينفيه إلا لعدم دليل يقتضيه إذ لا يثبت الحكم الشرعي بغير دليل وقد وجد الدليل على انتفائه عند انتفاء العدد المذكور هنا وهو إجماع الصحابة ومن بعدهم إلى يومنا هذا أن الشهود على الزنا إذا نقص عددهم عن الأربعة يجب عليهم الحد لكونهم قذفة . ألا ترى أن عمر رضي الله تعالى عنه حد الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بالزنا ولو كان الزنا يثبت بما دونه لما وجب عليهم الحد بل كان يجب على المنسوب إلى الزنا ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم التساوي ولوجود النص في الفرع وشرط القياس المساواة بين الأصل ، والفرع وأن لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به قال رحمه الله (ولبقية الحدود ، والقصاص رجلان) لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود ، والقصاص وقال تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ ولأن شهادة النساء فيها شبهة البدلية لأن كل ثنتين منهن قائمة مقام رجل فلا يقبل فيما يدرأ بالشبهات كما لا يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي ، وإنما كانت فيها شبهة البدلية لا حقيقتها لأن البدل الحقيقي لا يصار إليه مع القدرة على الأصل غالبا وشهادة امرأتين مع

رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى ﴿ فإن لم يكونا رجلين ﴾ قالوا : إن لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود

". (١)

" والأنوثة لأنهما **لا يجتمعان** في بقرة واحدة . وكذا الوقوف على تلك الصفة يكون بالقرب فلا يشتبه فيكونان سرقتين مختلفتين فلم يتم في كل واحد منهما نصاب الشهادة وبخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار لأن الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالبا فلا يشتبه عليه الحال فتكون الشهادة على تحقيق وتأمل لتمكنه من ذلك فلا يشتبه عليه ، فإن قيل في التوفيق احتيال لإيجاب الحد وهو يحتال لدرئه لا لإيجابه قلنا القطع لا يضاف إلى إثبات الوصف لأنهما لم يكلفا نقله على ما بينا وما يوجب الدرء يكون في نفس الموجب لا في غيره ، فإن قيل على هذا تكون البقرة المسروقة بلقاء ، والمشهود بسرقتها إما بيضاء أو سوداء ولم يقل واحد منهما : إنها بلقاء فتكون غيرها ضرورة قلنا نعم ولكن ذلك في حق من يعرف اللونين أما في حق من لا يعرف إلا أحدهما فهي عنده على ذلك اللون فسماها بيضاء أو سوداء بناء على ما شاهد من مواضعها وهذا الخلاف فيما إذا كان المدعي يدعي بقرة مطلقا من غير تقييد بوصف وأما إذا ادعى سرقة بقرة سوداء أو بيضاء لا تقبل شهادتهما بالإجماع لأن المدعي كذب أحدهما وقيل هذا في لونين متشابهين كالسواد ، والحمرة ، وأما في لونين غير متشابهين كالسواد ، والبياض لا تقبل الشهادة ، والأصح أن الكل على الخلاف ذكره في المبسوط وعلى هذا الخلاف فيما إذا اختلفا في ثوب بأن قال أحدهما هروي وقال الآخر مروي ، وإن اختلفا في الزمان أو المكان لن تقبل الشهادة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة بطلت الشهادة) لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد فالبيع بألف غير البيع بألف وخمسمائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه ، وكذا إذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين أن يكون المدعى أقل المالين أو أكثرهما لما بينا من أن المقصود إثبات السبب على معنى أنه الأصل ، والحكم يثبت تبعا لثبوته ، وإن كان الحكم هو المقصود حقيقة في حق الانتفاع ، والسبب وسيلة إليه لكن مقصوده وهو الحكم لا يحصل إلا به فكان في إثباته إثبات الحكم إذ لا يمكن إثبات الحكم إلا بسبب معين وذكر علاء الدين السمرقندي رحمه الله أن الشهادة تقبل لأن التوفيق ممكن لأن الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يشتريه بألف ثم يزيده عليه خمسمائة فقد اتفقا على شراء واحد ، ولو اختلفا في الجنس بأن شهد أحدهما بأنه اشتراه بألف درهم وشهد الآخر أنه اشتراه بمائة دينار بطلت لعدم إمكان التوفيق لأن الشراء الواحد لا يتصور أن يكون بألف درهم ثم يصير بمائة دينار قال رحمه الله (وكذا الكتابة ، والخلع) أي إذا اختلفا في مقدار البدل فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا أن المقصود إثبات السبب وهذا إذا كان المدعي هو العبد فظاهر لأنه يدعي السبب ليحصل له مقصوده وهو العتق بالأداء فصار نظير الشراء ، وإن كان المدعي هو المولى فكذلك لأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكان

(١) تبيين الحقائق، ٢٠٨/٤

". (١)

" أبلغ في الحفظ فكان التقييد مفيدا ، وإن لم يكن له منه بد لا يضمن . قال رحمه الله (، ولو أودعا شيئا لم يدفع المودع إلى أحدهما حظه) أي لو أودع رجلان شيئا عند رجل فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو مروي عن علي رضي الله تعالى عنه وقالا له ذلك والخلاف في ذوات الأمثال وفي غيره ليس له ذلك بالإجماع لهما أن الحاضر طلب نصيبه خاصة فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك ، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه ، وهو النصف وهو له ولهذا كان له أن يأخذه إذا ظفر به فكذا يؤمر المودع بالتسليم إليه ولأبي حنيفة رحمه الله ما روينا عن علي رضي الله تعالى عنه ولأن المودع لا يملك القسمة بينهما ولهذا لو دفع إليه نصفه لا يكون قسمة بالإجماع حتى إذا هلك الباقي رجع صاحبه على الآخذ بحصته بالإجماع فإذا لم يقع قسمة لا يجوز له أن يدفع نصيب الغائب إليه لعدم إذنه بذلك فيكون متعديا بالدفع فيضمن نصفه بخلاف الدين المشترك لأنه لا يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالها وأخذه الشريك عند الظفر به لا يدل على أن المودع يؤمر بالدفع ، ألا ترى أن رجلا إذا كان له على إنسان ألف درهم دين وللمدين ألف درهم وديعة عند آخر فلغريمه أن يأخذ الوديعة إذا ظفر بها وليس للمودع أن يدفع إليه ولا يؤمر بذلك وروي أن رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمامي ألفا فخرج أحدهما فطلبه منه فأعطاه ، ثم خرج الآخر وطالبه فتحير الحمامي وذهب إلى أبي حنيفة رحمه الله فقال له قل لا أعطيك حتى تحضر صاحبك فانقطع . قال رحمه الله (، وإن أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه ، ولو دفع إلى الآخر ضمن بخلاف ما لا يقسم) ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر وقالا لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين لأن المودع رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمن كما فيما لا يقسم ولأبي حنيفة رحمه الله ، وهو أقيس أن المالك رضي بحفظهما لا بحفظ أحدهما ورضاه بأمانة الاثنين لا يكون رضا بأمانة الواحد وهذا لأن الأصل أن فعل الاثنين إذا أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض لا الكل فإذا سلم الكل إلى الآخر ولم يرض المالك به ضمن ولا يضمن القابض لأن مودع المودع لا يضمن عنده ، وأما فيما لا يقسم فالمالك رضي بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد في الكل لأنه لما أودعهما مع علمه بأنهما لا يجتمعان على حفظه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة صار راضيا بحفظ كل واحد منهما بجميعه على الانفراد . قال رحمه الله

". (٢)

" ببغداد فلم يجد فلانا وعاد فله الأجر لأن الأجر بقطع المسافة لأنه في وسعه ، وأما الإسماع فليس في وسعه فلا يقابله الأجر والله سبحانه وتعالى أعلم . (باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها) قال رحمه الله (صح إجارة

---

(١) تبيين الحقائق، ٢٣٤/٤

(٢) تبيين الحقائق، ٨٠/٥

الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها) والقياس أن لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها لأن الدار تصلح للسكنى ولغيرها ، وكذا الحوانيت تصلح لأشياء مختلفة فينبغي أن لا تجوز ما لم يبين ما يعمل فيها كاستئجار الأرض للزراعة والثياب للبس ، وجه الاستحسان لأن العمل المتعارف فيها السكنى ، ولهذا تسمى مسكنا فينصرف إليها لأن المتعارف كالمشروط ولأنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز إجارتها مطلقا بخلاف الأرض والثياب فإنهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس فلا بد من البيان . قال رحمه الله (وله أن يعمل فيها كل شيء) لما ذكرنا أنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز له أن يعمل فيها ما شاء عند الإطلاق وله أن يسكن غيره معه أو منفردا لأن كثرة السكان لا تضر بها بل تزيد في عمارتها لأن خراب المسكن بترك السكن وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان لأنه من تمام السكنى وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب لأن ذلك كله من توابع السكنى وبه تتم السكنى وذكر في النهاية أنه لا يدخل الدواب في عرفنا لأن المنازل ببخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لإدخال الدواب ، وإنما هذا الجواب بناء على عرفهم في الكوفة . قال رحمه الله (إلا أنه لا يسكن حدادا أو قصارا أو طحانا) لأن في نصب الرحا واستعمالها في هذه الأشياء ضررا ظاهرا لأنها توهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة والمراد بالرحا رحا الماء أو رحا الثور ، وأما رحا اليد فلا يمنع من النصب فيها لأن هذا لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى عادة فلا بد منه وعلى هذا له تكسير الحطب المعتاد للطبخ ونحوه لأنه لا يوهن البناء وإن زاد على العادة بحيث يوهن البناء فليس له ذلك إلا برضا صاحب الدار ، وعلى هذا ينبغي أن يكون الدق على هذا التفصيل فإن القليل منه لا يستغنى عنه وقد جرت العادة بأن يدق أهل كل دار ثيابهم في منازلهم ولا يوهن ذلك القدر منه البناء فحاصله أن كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها إلا بإذن صاحبها وكل ما لا ضرر فيه جار له بمطلق العقد واستحقه به ، ولو قعد الحداد وانهدم البناء بعمله وجب عليه الضمان لأنه متعد فيها ولا أجر عليه لأن الضمان والأجر **لا يجتمعان** وإن لم ينهدم وجب عليه الأجر استحسانا والقياس أن لا يجب لأن هذا العمل غير داخل تحت العقد والحال فيه قبل العقد وبعده سواء ، وجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة وأخواتها السكنى وزيادة فيكون مستوفيا للمعقود عليه فيجب عليه الأجر بشرط السلامة وهو نظير

"(١)

" وإنما ضمن فيما إذا حمله في البحر لأن التفاوت فيه فاحش ، ولهذا ليس للمودع أن يسافر الوديعة في البحر ، ولو سلم يجب المسمى استحسانا لحصول المقصود وارتفاع الخلاف . قال رحمه الله (وبزرع رطبة وأذن بالبر ما نقص) أي إذا أذن له أن يزرع الأرض حنطة يجب عليه ضمان نقصان الأرض بزرع الرطبة لأن الرطبة أكثر ضررا بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان بخلاف ما إذا استأجر دابة للركوب أو للحمل فأردف معه غيره أو زاد على المحمول على قدر المسمى حيث يجب عليه من الضمان بحسابه لأنها تلفت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه فيجب عليه بقدر ما تعدى وهذا لأنه استوفى المشروط وزاد فيجب

---

(١) تبيين الحقائق، ١١٣/٥

عليه بسبب الزيادة الضمان وهنا لا يمكن أن يجعل مستوفيا لمنفعة الأرض بقدر زراعة الحنطة ، ثم زاد عليه لأن الجنس مختلف ، وإنما يعتبر ذلك عند اتحاد الجنس . ألا ترى أنه لو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديدا أو ملحا مثل وزنه يضمن كل القيمة لما قلنا وهو نظيره . قال رحمه الله (ولا أجر) أي لا يجب الأجر لأنه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب ولا تجب الأجرة به ، وإنما تجب بالاستيفاء بعقد الإجارة وهما **لا يجتمعان** لاستحالة أن يكون الشيء الواحد مأذونا فيه وغير مأذون فيه ، ولهذا لا يجتمع الضمان والأجرة وإن زرع فيها ما هو أقل ضررا من الحنطة لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الأجر لأنه خلاف إلى خير فلا يصير به غاصبا . قال رحمه الله (وبخياطة قباء وأمر بقميص قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجر مثله) معناه إذا أمره أن يخيط له ثوبه قميصا يجب عليه ضمان قيمته إذا خاطه قباء وإن شاء أخذ القباء ودفع له أجر مثله قيل أراد بالقباء القرطق وهو الذي يلبسه الأتراك مكان القميص وهو ذو طاق واحد ، وقال ظهير الدين القميص إذا قد من قبل كان قباء طاق ، وقباء طاق إذا خيط جانباه كان قميصا وهو المراد بالقرطق لأنه يستعمل استعمال القميص والقباء فيثبت له الخيار وفي غيره لا يثبت له الخيار بل يضمنه القيمة حتما وقيل الجواب مجرى على إطلاقه في الكل وإطلاقه يدا على ذلك وجهه أن القباء والقميص متقاربان في المنفعة وأجزاؤهما واحد وهي الكم والذيل والدخريص وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خيار لرب الثوب في الكل بل يضمنه قيمة الثوب رواه الحسن عنه لأن القباء جنس آخر غير جنس القميص فصار مخالفا من كل وجه فبقي غاصبا محضا ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لأنه يمكنه سده والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث التقطيع والقالب فيميل إلى أيهما شاء فإن مال إلى الخلاف ضمنه قيمته وصار الثوب للخياط وإن مال إلى الوفاق يأخذ القباء ويعطيه أجر مثله لا يجاوز به المسمى لأن صاحب الثوب لم يرض بالمسمى إلا مقابلا بخياطة القميص فإذا خالف فات رضاه فلا يجب عليه المسمى والخياط لم يخطه مجانا فيجب عليه أجر مثله لا يجاوز به المسمى لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد أو شبهه وليس فيما زاد على المسمى عقد ولا شبهة فلا يتقوم ولا يجب ، ولهذا المعنى قلنا لو خاطه قميصا مخالفا لما وصفه يجب عليه أجر المثل ولا يجاوز به المسمى ، ولو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء من غير خيار للتفاوت في المنفعة والهيئة وقيل يخير وهو الأصح لوجود الاتحاد في أصل المنفعة من حيث الستر ودفع الحر والبرد ولوجود الموافقة في نفس الخياطة فصار كما إذا دفع إلى رجل نحاسا فأمره بأن يضرب له شبها من الأواني فضرب له خلافه فإنه يخير فكذا هذا

---

(١) ".

" يزرعها فزرعها فمضى الأجل فله المسمى) لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم ، وكذا ما يزرع فيها مختلف فبعضه أقل ضررا بها من بعض فلا يجوز حتى يبين أنه يزرعها ويبين جنس ما يزرع فيها فإن زرعها ومضى الأجل جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا . وجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مجيئه والخيار الزائد على ثلاثة أيام قبل

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/١٢٠

مجيء اليوم الرابع وهما على الخلاف قال رحمه الله (وإن استأجر حمارا إلى مكة ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن) لأن العين أمانة في يد المستأجر ، وإن كانت الإجارة فاسدة لأن الفاسد معتبر بالصحيح لكونه مشروعا من وجه لأنه مشروع بأصله دون وصفه فلا يضمن ما لم يتعد ، فإذا تعدى ضمن ولا أجر عليه قال رحمه الله (وإن بلغ مكة فله المسمى) لأن الفساد كان لجهالة ما يحمل عليها ، فإذا حمل شيئا يحمل على مثلها تعين ذلك فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد قال رحمه الله (وإن تشاحا قبل الزرع والحمل نقضت الإجارة دفعا للفساد) إذ الفساد باق قبل أن ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع في المسألة الأولى وبالحمل في الثانية ، ولو استأجر دابة ، ثم جحد الإجارة في بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار ولا يجب الأجر لما بعده عند أبي يوسف رحمه الله لأنه بالجحود صار غاصبا والأجر والضمان لا يجتمعان ، وقال محمد رحمه الله يجب الأجر كله لأنه سلم من الاستعمال فسقط الضمان ذكره في الكافي والله أعلم . (باب ضمان الأجير) الأجراء على ضربين أجير خاص وأجير مشترك قال رحمه الله (الأجير المشترك من يعمل لغير واحد) معناه من لا يجب عليه أن يختص بواحد عمل لغيره أو لم يعمل (ولا يشترط أن يكون عاملا لغير واحد بل) إذا عمل لواحد أيضا فهو مشترك إذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره والأوجه أن يقال الأجير المشترك من يكون عقده واردا وعلى عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض ، والأجير الخاص من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة أو بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين ، فإذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لإنسان لا يتمكن من إيجابها لغيره بخلاف الأجير المشترك لأن المعقود عليه فيه هو الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج إلى ذكره المدة ولا يمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره لأن ما استحقه الأول في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فإن المسلم فيه لما كان دينا في ذمته لا يتعذر عليه بسببه قبول السلم من غيره والبيع لما كان يلاقي العين لا يملك بيعه من غيره بعد ما باعه فلهذا كان مشتركا والأول أجير واحد وأجير خاص ، وقد اختلفت عبارات المشايخ

". (١)

" بين زمانين يجوز في الوقت الأول أو بجعل المنفعة مترددا في دكان بأن قال إن سكنته حدادا فبدرهمين وإن سكنته عطارا فبدرهم أو قال ذلك في بيت أو بجعله مترددا بين مسافتين في الدابة أو بين حملين بأن قال آجرتك هذه الدابة إلى بغداد بكذا وإلى الكوفة بكذا أو بأن قال له آجرتكها على أنك إن حملت عليها قنطارا من حنطة فبخمسة ، وإن حملت عليها قنطارا من حديد فبعشرة ، وكذا لو خيره بين ثلاثة أشياء جاز ، ولا يجوز أكثر من ذلك على ما بينا في البيوع والمعتبر فيه المبيع ، والجامع دفع الحاجة غير أنه لا يشترط اشتراط الخيار هنا وفي البيع روايتان والفرق على إحداهما أن الأجر لا يجب إلا بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه وهو العمل معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع إلا بإثبات الخيار وفيه خلاف زفر والشافعي رحمهما الله ، وقد بيناه في البيوع فإذا عرف هذا مجملا فلا بد من الكلام فيه مفصلا ليهتدي الطالب إلى معرفة كل واحد منها بعلتها فنقول أما الأول وهو ما إذا قال إن خطته فارسيا

---

(١) تبيين الحقائق، ١٣٣/٥

فبدرهم ، وإن خطته روميا فبدرهمين فإنما جاز لأنه سمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز كما إذا خيره في البيع بين عبدين على ما بينا في موضعه ، وأما الثاني وهو ما إذا قال إن خطته اليوم فبدرهم ، وإن خطته غدا فبنصف درهم فالمذكور هنا وهو جواز العقد في اليوم الأول دون اليوم الثاني قول أبي حنيفة رحمه الله عندهما الشرطان جائزان وعند زفر الشرطان فاسدان لأنه اجتمع فيها تسميتان في اليومين لأن المسمى في غد هو المسمى في اليوم أيضا والمسمى في اليوم هو المسمى في الغد أيضا ، وإنما ذكر اليوم والغد للتعجيل والترفيه لا غير . ألا ترى أنه لو قال خط لي هذا الثوب غدا بدرهم فخاطه اليوم استحق الدرهم ، وكذا لو قال خط لي هذا الثوب بدرهم اليوم فخاطه غدا يستحق الدرهم ، فإذا كان كل واحد منهما مسمى في الوقتين فسدت الإجارة لأن ذكر البدلين على البدل بمقابلة مبدل واحد مفسد فصار نظير قوله بعتك حالا بألف درهم ومؤجلا بألفين ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت ، وذكر الغد للإضافة فهذا حقيقته واستعمالهما للترفيه والتعجيل مجاز والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز لا سيما إذا كان حمله على المجاز يؤدي إلى الفساد وكل واحد منهما معلوم وبدلهما معلوم فصار نظير خياطة الرومية والفارسية بخلاف حالة الانفراد لأنه لو حمل على التأقيت لفسد العقد إذ تعين العمل مع تعين الوقت **لا يجتمعان** فصرنا إلى المجاز بدلالة حالهما إذ مقصودهما الصحة دون الفساد ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن اليوم للتعجيل والغد للإضافة والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه وقد قام الدليل على إرادة المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لأن مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز لأن تعين العمل مع التوقيت مفسد فإن تعين العمل يوجب كونه أجيرا مشتركا وتعين الوقت

---

(١) ".

" لا يوجب كونه أجيرا مشتركا وبينهما تناف **فلا يجتمعان** فيفسد فتعين المجاز كي لا يفسد فحملناه على التعجيل وفي الغد لم يقم الدليل على إرادة المجاز وهو الترفيه بل قام الدليل على إرادة الحقيقة وهو الإضافة والتعليق فتركناه على حقيقته لأنا لو حملناه على أنه للترفيه يؤدي إلى فساد العقد من حيث إنه يجتمع في اليوم تسميتان كما قال زفر فوجب حمله على أنه للإضافة كما هو حقيقته ونقصان الأجر في الغد أيضا يدل على ذلك لأن ما يكون للترفيه لا تكون أجرته أنقص ، فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للتعليق لم يوجد في اليوم إلا تسمية واحدة فلم يفسد ، فإذا خاطه اليوم وجب عليه الدرهم ، فإذا جاء الغد فسد لوجود تسميتين فيه لأن المعلق ينزل بمجيء الغد والتسمية الأولى باقية فيفسد لاجتماع تسميتين في عمل واحد بخلاف خياطة الرومية والفارسية لأنه ليس لأحد العقدين موجب في العمل الآخر فكانا عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى على الانفراد معلوم فافترقا ، فإن خاطه فيه يجب عليه أجر المثل لا يزاد على نصف درهم في الصحيح لأنه المسمى فيه وفي الجامع الصغير لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم لأن التسمية الأولى باقية في الغد فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر الثانية لمنع النقصان ، ولو خاطه بعد غد فالصحيح أنه لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه لم يرض بتأخيره إلى الغد بأكثر من نصف درهم فأولى أن لا يرضى إلى ما بعد الغد

---

(١) تبيين الحقائق، ١٣٩/٥

والصحيح على قولهما أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه وأما الثالث وهو ما إذا قال إن سكنت هذا الدكان عطارا فبدرهم ، وإن سكنته حدادا فبدرهمين فالمذكور قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا تجوز هذه الإجارة وعلى هذا الخلاف القسم الرابع وهو ما إذا قال آجرتك هذه الدابة إلى بغداد بكذا وإلى الكوفة بكذا ولهما أن الأجرة والمنفعة مجهولان لأن الأجر في الأجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدرى أي العملين تقرر وأي التسميتين تجب وقت التسليم بخلاف خياطة الرومية والفارسية لأن الأجر لا يجب فيه إلا بالعمل وبه ترتفع الجهالة وبخلاف الترديد في اليوم والغد لأنه عندهما كمسألة الرومية والفارسية فلا يجب الأجر إلا بعد العمل فعند ذلك هو معلوم فهذا هو القاعدة لهما أن الأجر متى وجب بالتسليم لا يجوز أن يكون مترددا بين شيئين عند التسليم لأنه لا يدرى أيهما يجب والإجارة تفسد ولأبي حنيفة رحمه الله أنه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما أجرة معلومة ، فوجب أن يجوز كما في مسألة الرومية والفارسية والإجارة تعقد للانتفاع فالظاهر أنه يستوفي المنافع وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم عند عدم الاستيفاء بعد التسليم يجب نصف كل واحد من البدلين عند بعض المشايخ إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيجعل التسليم لهما والصحيح أنه يجب أقل البدلين لأنه لا يكون أكثر ضررا من الانتفاع بأقلهما ضررا ، وكذا يجوز إذا خيره بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهرا بمائة أو هذه الدار بمائتين أو آجرتك هذه الدار بخمسين أو هذا الدكان بعشرين ، وكذا يجوز بين ثلاثة أشياء ولا يجوز أكثر من ذلك والمعنى قد بيناه في البيوع . قال رحمه الله (ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط) لأن مطلق العقد يتناول الخدمة في الحضر إذ هو الأعم الأغلب وعليه عرف الناس فانصرف إليه إذ المطلق يقيد بمثل هذا من المتعارف فلا يكون له أن ينقله إلى خدمة السفر لأنه الأشق فصار نظير ما لو استأجر فرسا للركوب وعين الراكب فليس له أن يركب غيره للتفاوت ، وكذا لو استأجر دارا للسكنى فإنه ليس له أن يسكن فيه حدادا لأنه أضر ومطلق العقد لا يتناوله ولأن مؤنة الرد على المولى يلحقه ضرر بذلك فلا يملك إلا بإذنه

(١) ".

" بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لأن مؤنته عليه ولم يوجد العرف في حقه ولا يقال لما ملك المستأجر منافعه ينزل منزلة المولى فيه وللمولى أن يسافر به فكذا لهذا لأنا نقول إنما ملك المولى ذلك لأنه يملك رقبته لا لملك المنفعة . ألا ترى أن للمولى أن يبيع رقبته وأن يزوجه ولا يملك المستأجر ذلك فكذا ليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك أو يكون وقت الإجارة متهيئا للسفر وعرف بذلك لأن الشرط ملزم والمعروف كالمشروط ، ولو سافر به ضمن لأنه صار غاصبا ولا أجر عليه ، وإن سلم لأن الضمان والأجرة **لا يجتمعان** . قال رحمه الله (ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور أجرا دفعه إليه لعمله) معناه لو استأجر شخص عبدا محجورا عليه من نفسه فعمل وأعطاه الأجر ليس للمستأجر أن يأخذه منه والقياس له أن يأخذه لأن عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر لأنه بالاستعمال صار غاصبا له ، ولهذا يجب عليه ضمان قيمته إذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فكان له أن يسترده

(١) تبيين الحقائق، ١٤٠/٥

. وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ، ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه فيجوز فتخرج الأجرة عن ملكه فليس له أن يسترده ، وهذا لأن العبد محجور عن تصرف يضر بالمولى لا عن تصرف ينفع المولى . ألا ترى أنه يجوز قبوله الهبة بغير إذن المولى لكونه نفعا في حق المولى وجواز الإجارة بعد ما سلم من العمل تمحض نفعا في حق المولى لأنها إذا جازت يحصل للمولى الأجر بغير ضرر ، ولو لم تجز ضاع منافع العبد عليه مجانا فتعين القول بالجواز ، فإذا جازت الإجارة صح قبض العبد الأجرة لأنه العاقد وقبض البدل إلى العاقد ومتى صح قبضه لا يكون للمستأجر أن يسترده منه بخلاف ما إذا هلك العبد في حالة الاستعمال فإنه يجب على المستأجر قيمته وإذا ضمن صار مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الأجر ، وكذا الصبي المحجور عليه إذا آجر نفسه وسلم من العمل كان الأجر له لأنه غير ممنوع عما ينفعه من التصرفات ، ولهذا يملك قبول الهبة . وجواز الإجارة بعد الفراغ من العمل نفع محض وفي النهاية الأجر الذي يجب في هاتين الصورتين أجر المثل ، فإذا أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الإجارة ولا خيار للعبد فأجر ما مضى للمولى وأجر ما يستقبل للعبد ، وإن آجره المولى ثم أعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار ، فإن فسخ الإجارة فأجر ما مضى للمولى ، وإن أجاز فأجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لأنه هو العاقد . قال رحمه الله (ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره) معناه إذا غصب رجل عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب من يد العبد الأجرة فأكله فلا ضمان عليه ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا عليه ضمانه لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه ولا تأويل لأن المال للمولى لأن إجارته نفسه جائزة على تقدير السلامة على ما بيناه وكسب العبد لمولاه لأنه تبع لرقبته فيكون الغاصب متعديا بالأخذ منه والإتلاف فيضمن ولأبي حنيفة رحمه الله أن الضمان يجب بإتلاف مال محرز متقوم ، وهذا ليس بمحرز لأن الإحراز يكون بيده أو بيد نائبه ، وهذا المال ليس في يده ولا في يد نائبه لأن الغاصب ليس نائبا عنه والعبد ليس في يد نفسه بل هو في يد الغاصب وما في يده يكون في يد الغاصب أيضا تبعا لنفسه فلا يتصور وأن يكون محرزا بحرزه إذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يحرز ما في يده عنه ، وما لم يقع في يد المولى حقيقة أو حكما بالاستنابة لا يكون معصوما له فصار نظير المال المسروق في يد السارق بعد القطع ولأن الأجرة بدل المنفعة والبدل حكمه كحكم المبدل ولو أتلف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها ولأن الغاصب لو آجر العبد بنفسه وأخذ الأجرة وأكله فلا ضمان عليه فكذا إذا آجر العبد نفسه لأن العبد في يده فيكون فعله كفعله من وجه لأنه في ضمانه ومن وجه كفعل المالك لأنه هو المالك لرقبته وما تردد بين أصلين يوفر عليه حظهما فرجحنا جانب المالك عند بقاء الأجر في يده فقلنا المالك أحق به ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان وقلنا لا ضمان فيه على الغاصب إذا أكله لأن الأصل وهو العبد في ضمانه كالمبيع إذا اكتسب في يد البائع واستهلك البائع كسبه لا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الأصل في ضمانه وهو المبيع بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه

". (١)

---

(١) تبيين الحقائق، ١٤١/٥

" في الفاضل عن حاجته . قال رحمه الله : (فإن حضروا أقر بإذنه بيع ، وإلا فلا) أي لو حضر المولى فأقر بالإذن بيع بالدين لظهور الدين في حقه بإقراره ، وإن قال هو محجور عليه كان القول قوله لتمسكه بالظاهر فلا يباع إلا إذا أثبت الغرماء الإذن منه بالبينة فحينئذ يباع لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا إذ هي مبينة كاسمها . قال رحمه الله : (وإن أذن للصبي أو المعتوه الذي يعقل البيع والشراء وليه فهو في الشراء والبيع كالعبد المأذون له) يعني في جميع ما ذكرنا من الأحكام من أنه لا يتقيد بنوع من التجارة دون نوع ويكون مأذونا له بسكوت الولي حين ما يراه يبيع ويشتري ويصح إقراره بما في يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما إلى غير ذلك من الأحكام التي ذكرناها في العبد والمراد بكونه يعقل البيع أن يعلم أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ، وأن يقصد به الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش . وقال الشافعي : رحمه الله لا تنفذ تصرفاته ، وأصل الخلاف بيننا وبينه في أن عبارته صالحة للعقود الشرعية عندنا فيما هو متردد بين النفع والضرر أو النفع المحض ، وعنده غير صالحة للعقود حتى لو توكل بالتصرف جاز ، وعنده لا يجوز له قوله تعالى ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ وقوله تعالى ﴿ حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ شرط البلوغ والرشد للدفع إليهم في هذه الآية ، ونهى عن الدفع إلى السفهاء في الأولى ، وهما سفيهان ، وليسا ببالغين ولأنهما محجور عليهما لأجل أنفسهما شرعا ، وعلة الحجر قائمة بهما فلا تزول بالإذن بخلاف العبد لأن الحجر عليه لحق غيره ، وهو المولى ، وقد زال بالإذن ولأنهما مولى عليهما في هذا التصرف حتى يملكه الولي ويملك حجرهما فلا يصلحان أن يكونا وليين للتنافي لأن كونهما موليا عليهما سببه العجز ، وكونهما وليين سببه القدرة ، والعجز والقدرة لا يجتمعان فصار كالعتق والطلاق بخلاف الصوم والصلاة والوصية . واختيار الصبي أحد أبويه على أصله لأن الولي لا يتولى هذه الأشياء فلا يكون موليا عليه فيها فلا تنافي فتصح منه ولأن فيه ضرورة لعدم إمكان تحصيله من جهة الولي فقلنا بصحتها منه كي لا تفوته هذه المصالح بخلاف البيع والشراء ، ولنا قوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى ﴾ أمرنا بالابتلاء ، وهو الامتحان والاختبار هل هو رشيد أم لا ، وذلك بأن يؤذن له في التجارة ، وهذا يفيد أن الصغير أهل للتصرف ، وأن تصرفه جائز لأن اليتيم حقيقة اسم للصغير الذي لم يبلغ لقوله عليه الصلاة والسلام لا يتم بعد الاحتلام وقوله تعالى : ﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ﴾ ، وهذا أمر بدفع أموالهم إليهم فلولا أن تصرفه معتبر شرعا لما أمر بدفعه إليهم لأن الدفع إليهم تمكين لهم من التصرف فيه ولأن التصرف المشروع صدر من أهله مضافا إلى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بنفاذه كالعبد المأذون له ، ولا خفاء في شرعية التصرف والمحلية . وكذا في الأهلية لأن الأهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز وبيان لا عن تلقين من غير تمييز ، والكلام في مثله فتثبت الولاية صونا لكلامه عن الإلغاء ، والحجر عليه لعدم هدايته إلى التصرف لا لذاته وبإذن الولي يستدل على ثبوت هدايته إلى التصرف إذ لا يأذن له ظاهرا إلا بعد معرفة هدايته وبقاء ولاية الولي لأجل النظر له لتتسع له طرق التحصيل فيحصل بطريقين بمباشرته ، ومباشرة الولي ويمكن الولي من حجره لاحتمال تبدل حاله ، ومتى جعلناه وليا باعتبار الأهلية لم نجعله موليا عليه ، ومتى جعلناه موليا عليه باعتبار قصور الولاية لم تجعله وليا فيه فحاصله أنه يعرف المصالح ويبعد من المضار ، وهو مستحق للنظر ، ومصون عن الضرر ، وفي اعتبار كلامه ذلك ، وفي عدم اعتباره إهدار آدميته ، وإلحاقه بالبهائم ، وهو ضرر محض بخلاف الطلاق والعتاق لأنه ضرر محض فلم يؤهل له ، ولا يملكه ، وإن أذن

له الولي والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن ويملكه والمتردد بينهما كالبيع والشراء والإجارة ونحوها يؤهل له بعد الإذن ويملكه ، ولا يملكه قبله للاحتمال مع أنه أهل للتصرف لما ذكرنا حتى لو باشره قبل الإذن يكون موقوفا على إجازة الولي حتى إذا رأى فيه مصلحة أجازه ، وهذا لأنه يشبه البالغ من حيث إنه عاقل مميز ويشبه المجنون والطفل الذي لا يميز من حيث إنه لم يتوجه عليه الخطاب

." (١)

"والمعتبر في إقامة هذه السنة عندنا هو الإنقاء دون العدد فإن حصل بحجر واحد كفاه وإن لم يحصل بالثلاث زاد عليه

وعند الشافعي العدد مع الإنقاء شرط حتى لو حصل الإنقاء بما دون الثلاث كمل الثلاث ولو ترك لم يجزه واحتج (الشافعي) بما روينا عن النبي أنه قال من استجمر فليوتر أمر بالإيتار ومطلق الأمر للوجوب

ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي سأله أحجار الاستنجاء فأتاه بحجرين وروثة فرمى الروثة ولم يسأله حجرا ثالثا ولو كان العدد فيه شرطا لسأله إذ لا يظن به ترك الواجب ولأن الغرض منه هو التطهير وقد حصل بالواحد ولا يجوز تنجيس الطاهر من غير ضرورة

وأما الحديث فحجة عليه لأن أقل الإيتار مرة واحدة على أن الأمر بالإيتار ليس لعينه بل لحصول الطهارة فإذا حصلت بما دون الثلاث فقد حصل المقصود فينتهي حكم الأمر

وكذا لو استنجى بحجر واحد له ثلاثة أحرف لأنه بمنزلة ثلاثة أحجار في تحصيل معنى الطهارة

ويستنجي بيساره لما روي أن النبي كان يأكل بيمينه ويستجمر بيساره وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي كان يأكل بيمينه ويستنج (((ويستنجي))) بيساره ولأن اليسار للأقذار وهذا إذا كانت النجاسة التي على المخرج قدر الدرهم أو أقل منه فإن كانت أكثر من قدر الدرهم لم يذكر في ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يزول إلا بالغسل

وقال بعضهم يزول بالأحجار

وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو الصحيح لأن الشرع ورد بالاستنجاء بالأحجار مطلقا من غير فصل

وهذا كله إذا لم يتعد النجس المخرج فإن تعداه ينظر إن كان المتعدي أكثر من قدر الدرهم يجب غسله بالإجماع وإن كان أقل من قدر الدرهم لا يجب غسله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يجب

وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي إن النجاسة إذا تجاوزت مخرجها وجب غسلها ولم يذكر خلاف أصحابنا

---

(١) تبيين الحقائق، ٢١٩/٥

لمحمد أن الكثير من النجاسة ليس بعفو وهذا كثير ولهما أن القدر الذي على المخرج قليل وإنما يصير كثيرا بضم المتعدي إليه وهما نجاستان مختلفتان في الحكم فلا يجتمعان ألا يرى أن إحداهما تزول بالأحجار والأخرى لا تزول إلا بالماء وإذا اختلفتا في الحكم يعطى لكل واحدة منهما حكم نفسها وهي في نفسها قليلة فكانت عفوا

وأما بيان ما يستنجي منه فالاستنجاء مسنون من كل نجس يخرج من السبيلين له عين مرئية كالغائط والبول والمني والودي والمذي والدم لأن الاستنجاء للتطهير بتقليل النجاسة وإذا كان النجس الخارج من السبيلين عينا مرئية تقع الحاجة إلى التطهير بالتقليل ولا استنجاء في الريح لأنها ليست بعين مرئية

مبحث في السواك ومنها السواك لما روي عن النبي أنه قال لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة وفي رواية عند كل وضوء ولأنه مطهرة للفم على ما نطق به الحديث السواك مطهرة للفم ومرضاة للرب

وروي عنه أنه قال ما زال جبريل يوصيني بالسواك حتى خشيت أن يدردني

وروي أنه قال طهروا مسالك القرآن بالسواك وله أن يستاك بأي سواك كان رطبا أو يابسا مبلولا أو غير مبلول صائما كان أو غير صائم قبل الزوال أو بعده لأن نصوص السواك مطلقة

وعند الشافعي يكره السواك بعد الزوال للصائم لما يذكر في كتاب الصوم

وأما الذي هو في ابتداء الوضوء

فمنها النية عندنا

وعند الشافعي هي فريضة

والكلام في النية راجع إلى أصل وهو أن معنى القربة والعبادة غير لازم في الوضوء عندنا وعنده لازم ولهذا صح من الكافر عندنا خلافا له واحتج بما روي عن النبي أنه قال الوضوء شطر الإيمان والإيمان عبادة فكذا شطره ولهذا كان التيمم عبادة حتى لا يصح بدون النية وأنه خلف عن الوضوء والخلف لا يخالف الأصل

ولنا قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤوسكم (((برءوسكم))) وأرجلكم إلى الكعبين ﴾ أمر بالغسل والمسح مطلقا عن شرط النية ولا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل

وقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا إلا عابري سبيل حتى تغتسلوا ﴾ نهى الجنب عن قربان الصلاة إذا لم يكن عابر سبيل إلى غاية الاغتسال مطلقا عن شرط النية فيقتضي انتهاء حكم النهي عند الاغتسال المطلق وعنده لا ينتهي إلا عند اغتسال مقرون بالنية وهذا خلاف الكتاب ولأن الأمر بالوضوء لحصول الطهارة لقوله تعالى في آخر آية الوضوء ﴿ ولكن يريد ليطهركم ﴾ وحصول

---

(١) ".

"الله عليه وسلم ولكن لم يواظب عليه

---

(١) بدائع الصنائع، ١٩/١

وهذا هو الفرق بين السنة والأدب أن السنة ما واظب عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يتركه إلا مرة أو مرتين لمعنى من المعاني

والأدب ما فعله مرة أو مرتين ولم يواظب عليه

فصل وأما بيان ما ينقض الوضوء فالذي ينقضه الحدث والكلام في الحدث في الأصل في موضعين أحدهما في بيان ماهيته

والثاني في بيان حكمه

أما الأول فالحدث نوعان حقيقي وحكمي

أما الحقيقي فقد اختلف فيه

قال أصحابنا الثلاثة هو خروج النجس من الآدمي الحي سواء كان من السبيلين الدبر والذكر أو فرج المرأة أو من غير السبيلين الجرح والقرح والأنف والفم من الدم والقيح والرعاف والقيء

وسواء كان الخارج من السبيلين معتادا كالبول والغائط والمني والمذي والودي ودم الحيض والنفاس أو غير معتاد كدم الاستحاضة

وقال زفر ظهور النجس من الآدمي الحي

وقال مالك في قول هو خروج النجس المعتاد من السبيل المعتاد فلم يجعل دم الاستحاضة حدثا لكونه غير معتاد

وقال الشافعي هو خروج شيء من السبيلين فليس بحدث وهو أحد قولي مالك

أما قول مالك فمخالف للسنة وهو قوله المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة

وقوله للمستحاضة توضئي وصلي وإن قطر الدم على الحصير قطرا

وقوله توضئي فإنه دم عرق انفجر ولأن المعنى الذي يقتضي كون الخروج من السبيلين حدثا لا يوجب الفصل بين المعتاد وغير المعتاد لما يذكر فالفصل يكون تحكما على الدليل

وأما الكلام مع الشافعي فهو احتج بما روي عن رسول الله أنه قاء فغسل فمه فقيل له ألا تتوضأ وضوءك للصلاة فقال هكذا الوضوء من القيء

وعن عمر رضي الله عنه أنه حين طعن كان يصلي والدم يسيل منه ولأن خروج النجس من البدن زوال النجس عن البدن وزوال النجس عن البدن كيف يوجب تنجيس البدن مع أنه لا نجس على أعضاء الوضوء حقيقة وهذا هو القياس في السبيلين إلا أن الحكم هناك عرف بالنص غير معقول فيقتصر على مورد النص

ولنا ما روي عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه أنه قال دخلت على رسول الله فغرفت له غرفة فأكلها فجاء المؤذن فقلت الوضوء يا رسول الله فقال إنما علينا الوضوء مما يخرج ليس مما يدخل علق (((وعلق))) الحكم بكل ما يخرج أو بمطلق الخارج من غير اعتبار المخرج إلا أن خروج الطاهر ليس بمراد فبقي خروج النجس مرادا

وروي عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله أنه قال من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم

والحديث حجة على الشافعي في فصلين في وجوب الوضوء بخروج النجس من غير السبيلين وفي جواز البناء عند سبق الحدث في الصلاة

وروي أنه قال لفاطمة بنت حبيش توضيء (((توضئي))) فإنه دم عرق انفجر أمرها بالوضوء وعلل بانفجار دم العرق لا بالمرور على المخرج

وعن تميم الداري عن رسول الله أنه قال الوضوء من كل دم سائل

والأخبار في هذا الباب وردت مورد الاستفاضة حتى روي عن عشرة من الصحابة أنهم قالوا مثل مذهبنا وهم عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وثوبان وأبو الدرداء وقيل في التاسع والعاشر أنهما زيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري وهؤلاء فقهاء الصحابة متبع لهم في فتواهم فيجب تقليدهم وقيل أنه مذهب العشرة المبشرين بالجنة ولأن الخروج من السبيلين إنما كان حدثا لأنه يوجب تنجيس ظاهر البدن لضرورة تنجس موضع الإصابة فنزول (((فتزول))) الطهارة ضرورة إذ النجاسة والطهارة ضدان **فلا يجتمعان** في محل واحد في زمان واحد ومتى زالت الطهارة عن ظاهر البدن خرج من أن يكون أهلا للصلاة التي هي مناجاة مع الله تعالى فيجب تطهيره بالماء ليصير أهلا لها

وما رواه الشافعي محمول (((محتمل))) يحتمل أنه قاء أقل من ملء الفم وكذا اسم الوضوء يحتمل غسل الفم فلا يكون حجة مع الاحتمال أو نحمله (((محمله))) على ما قلنا توفيقا بين الدلائل

وأما حديث عمر فليس فيه أنه كان يصلي بعد الطعن من غير تجديد الوضوء بل يحتمل أنه توضأ بعد الطعن مع سيلان الدم وصلى وبه نقول كما في المستحاضة وقوله أن خروج النجس عن البدن زوال النجس عن البدن فكيف يوجب تنجسه مسلم أنه يزول به شيء من نجاسة الباطن لكن يتنجس به الظاهر لأن القدر الذي زال إليه أوجب زوال الطهارة عنه والبدن في حكم الطهارة والنجاسة لا يتجرأ (((يتجزأ))) والعزيمة هي غسل كل البدن إلا أنه أقيم غسل أعضاء الوضوء مقام غسل كل

---

(١) ".

"ونعني به سبب العلم في قول أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر والمسألة ذكرت في كتاب الصلاة

وأما العقل والبلوغ فليسا من شرائط أهلية وجوب العشر حتى يجب العشر في أرض الصبي والمجنون لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر ولأن العشر مؤنة الأرض كالخراج ولهذا **لا يجتمعان** عندنا ولهذا يجوز للإمام أن يمد يده إليه فيأخذه جبرا ويسقط عن صاحب الأرض كما لو أدى بنفسه إلا أنه إذا أدى بنفسه يقع عبادة فينال ثواب العبادة

وإذا أخذه (((أخذها))) الإمام كرها لا يكون له ثواب فعل العبادة وإنما يكون ثواب ذهاب ماله في وجه الله تعالى بمنزلة ثواب المصائب كرها بخلاف الزكاة فإن الإمام لا يملك الأخذ جبرا وإن أخذ لا تسقط الزكاة عن صاحب المال

---

(١) بدائع الصنائع، ١/٢٤

ولهذا لو مات من عليه العشر والطعام قائم يؤخذ منه بخلاف الزكاة فإنها تسقط بموت من هي عليه وكذا ملك الأرض ليس بشرط لوجوب العشر وإنما الشرط ملك الخارج فيجب في الأراضي التي لا مالك لها وهي الأراضي الموقوفة لعموم قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض ﴾

وقوله عز وجل ﴿ وآتوا حقه يوم حصاده ﴾

وقول النبي صلى الله عليه وسلم ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر ولأن العشر يجب في الخارج لا في الأرض فكان ملك الأرض وعدمه بمنزلة واحدة ويجب في أرض المأذون والمكاتب لما قلنا

ولو آجر أرضه العرية (((العشرية))) فعشر الخارج على المؤاجر عنده وعندهما على المستأجر

وجه قولهما ظاهر لما ذكرنا أن العشر يجب في الخارج والخارج ملك المستأجر فكان العشر عليه كالمستعير

ولأبي حنيفة إن الخارج للمؤاجر معنى لأن بدله وهو الأجرة له فصار كأنه زرع بنفسه وفيه إشكال لأن الأجر مقابل (((قابل))) للمنفعة لا الخارج والعشر يجب في الخارج عندهما والخارج يسلم للمستأجر من غير عوض فيجب فيه العشر

والجواب أن الخارج في إجارة الأرض وإن كان عينا حقيقة (((حقيقية))) فله حكم المنفعة فيقابله الآجر فكان الخارج للآجر معنى فكان العشر عليه فإن هلك الخارج فإن كان قبل الحصاد فلا عشر على المؤاجر ويجب الأجر على المستأجر لأن الأجر يجب بالتمكن من الانتفاع وقد تمكن منه وإن هلك بعد الحصاد لا يسقط عن المؤاجر عشر الخارج لأن العشر كان يجب عليه دينا في ذمته ولا يجب في الخارج عنده حتى يسقط بهلاكه فلا يسقط عنه العشر بهلاكه ولا يسقط الأجر عن المستأجر أيضا

وعند أبي يوسف ومحمد العشر في الخارج فيكون على من حصل له الخارج ولو هلك بعد الحصاد أو قبله هلك بما فيه من العشر

ولو أعارها من مسلم فزرعها فالعشر على المستعير عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر على المعير وهكذا روى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة ولا خلاف في أن الخراج على المعير

وجه قول زفر أن الإعارة تمليك المنفعة بغير عوض فكان هبة المنفعة فأشبه هبة الزرع

ولنا أن المنفعة حصلت للمستعير صورة ومعنى إذ لم يحصل للمعير في مقابلتها عوض فكان العشر على المستعير ولو أعارها من كافر فكذلك الجواب عندهما لأن العشر عندهما في الخارج على كل حال

وعن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية العشر في الخارج وفي رواية على رب المال ولو دفعها مزارعة فأما على مذهبهما فالمزارعة جائز (((جائزة))) والعشر يجب في الخارج

والخارج بينهما فيجب العشر عليهما وأما على مذهب أبي حنيفة فالمزارعة فاسدة ولو كان يجيزها كان يجب على مذهبه جميع العشر على رب الأرض إلا أن في حصته جميع العشر يجب في عينه وفي حصة المزارع يكون دينا في ذمته

ولو غصب غاصب أرضا عشرية فزرعها فإن لم تنقصها الزراعة فالعشر على الغاصب في الخارج لا على رب الأرض لأنه لم تسلم له منفعة كما في العارية وإن نقصتها الزراعة فعلى الغاصب نقصان الأرض كأنه آجرها منه وعشر الخارج على رب الأرض عند أبي حنيفة

وعندهما في الخارج ولو كانت الأرض خراجية في الوجوه كلها فخراجها على رب الأرض بالإجماع إلا في الغصب إذا لم تنقصها الزراعة فخراجها على الغاصب وإن نقصتها فعلى رب الأرض كأنه آجرها منه وقال محمد انظر إلى نقصان الأرض وإلى الخراج فإن كان ضمان النقصان أكثر من الخراج فالخراج على رب الأرض يأخذ من الغاصب النقصان فيؤدي الخراج منه وإن كان ضمان النقصان أقل من الخراج فالخراج على الغاصب وسقط عنه ضمان النقصان

ولو باع الأرض العشرية وفيها زرع

". (١)

"قد أدرك مع زرعها أو باع الزرع خاصة فعشره على البائع دون المشتري لأنه باعه بعد وجوب العشر وتقرره بالإدراك ولو باعها والزرع بقل فإن قصله المشتري للحال فعشره على البائع أيضا لتقرر الوجوب في البقل بالقصل وإن تركه حتى أدرك فعشره على المشتري في قول أبي حنيفة ومحمد لتحول الوجوب من الساق إلى الحب

وروي عن أبي يوسف أنه قال عشر قدر البقل على البائع وعشر الزيادة على المشتري وكذلك حكم الثمار على هذا التفصيل وكذا عدم الدين ليس بشرط لوجوب العشر لأن الدين لا يمنع وجوب العشر في ظاهر الرواية بخلاف الزكاة المعهودة وقد مضى الفرق فيما تقدم

فصل وأما شرائط المحلية فأنواع منها أن تكون الأرض عشرية فإن كانت خراجية يجب فيها الخراج ولا يجب في الخارج منها العشر فالعشر مع الخراج **لا يجتمعان** في أرض واحدة عندنا

وقال الشافعي يجتمعان فيجب في الخارج من أرض الخراج العشر حتى قال بوجوب العشر في الخارج من أرض السواد

وجه قوله أنهما حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا فلا يتدافعان أما اختلافهما ذاتا فلا شك فيه وأما المحل فلأن الخراج يجب في الذمة والعشر يجب في الخارج وأما السبب فلأن سبب وجوب الخراج الأرض النامية وسبب وجوب العشر الخارج حتى لا يجب بدونه والخراج يجب بدون الخارج وإذا ثبت اختلافهما ذاتا ومحلا وسببا فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر

ولنا ما روي عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ولأن أحدا من أئمة العدل وولاة الجور لم يأخذ من أرض السواد عشرا إلى يومنا هذا فالقول بوجوب العشر فيها يخالف الإجماع فيكون باطلا ولأن سبب وجوبهما واحد وهو الأرض النامية **فلا يجتمعان** في أرض واحدة كما لا يجتمع زكاتان في مال واحد وهي زكاة السائمة والتجارة

---

(١) بدائع الصنائع، ٥٦/٢

والدليل على أن سبب وجوبهما الأرض النامية أنهما يضافان إلى الأرض يقال خراج الأرض وعشر الأرض والإضافة تدل على السببية فثبت أن سبب الوجوب فيهما هو الأرض النامية إلا أنه إذا لم يزرعها وعطلها يجب الخراج لأن انعدام النماء كان لتقصير من قبله فيجعل موجودا تقديرا حتى لو كان الفوات لا بتقصيره بأن هلك لا يجب وإنما لا يجب العشر بدون الخارج حقيقة لأنه متعين ببعض الخارج فلا يمكن إيجابه بدون الخارج

وعلى هذا قال أصحابنا فيمن اشترى أرض عشر للتجارة أو اشترى أرض خراج للتجارة أن فيها العشر أو الخراج ولا تجب زكاة التجارة مع أحدهما هو الرواية المشهورة عنهم

وروي عن محمد أنه يجب العشر والزكاة أو الخراج والزكاة

وجه هذه الرواية أن زكاة التجارة تجب في الأرض والعشر يجب في الزرع وإنهما مالان مختلفان فلم يجتمع الحقان في مال واحد

وجه ظاهر الرواية أن سبب الوجوب في الكل واحد وهو الأرض ألا ترى أنه يضاف الكل إليها يقال عشر الأرض وخراج الأرض وزكاة الأرض وكل واحد من ذلك حق الله تعالى وحقوق الله تعالى المتعلقة بالأموال النامية لا يجب فيها حقان منها بسبب مال واحد كزكاة السائمة مع التجارة وإذا ثبت أنه لا سبيل إلى اجتماع العشر والزكاة واجتماع الخراج والزكاة فإيجاب العشر أو الخراج أولى لأنهما أعم وجوبا ألا ترى أنهما لا يسقطان بعذر الصبا والجنون والزكاة تسقط به فكان إيجابهما أولى

وإذا عرف أن كون الأرض عشرية من شرائط وجوب العشر لا بد من بيان الأرض العشرية

وجملة الكلام فيه أن الأراضي نوعان عشرية وخراجية

أما العشرية فمنها أرض العرب كلها قال محمد رحمه الله وأرض العرب من العذيب إلى مكة وعدن أبين إلى أقصى حجر باليمن بمهرة

وذكر الكرخي هي أرض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية

وإنما كانت هذه أرض عشر لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين بعده لم يأخذوا من أرض العرب خراجا فدل أنها عشرية إذ الأرض لا تخلو عن إحدى المؤنتين ولأن الخراج يشبه الفيء فلا يثبت في أرض العرب كما لم يثبت في رقابهم والله أعلم

ومنها الأرض التي أسلم عليها أهلها طوعا

ومنها الأرض التي فتحت عنوة وقهرا وقسمت بين الغانمين المسلمين لأن الأراضي لا تخلو عن مؤنة إما العشر وإما الخراج والابتداء بالعشر في أرض المسلم أولى لأن في العشر معنى العبادة وفي الخراج معنى الصغار

ومنها دار المسلم إذا اتخذها بستانا لما قلنا وهذا إذا كان يسقى بماء العشر

." (١)

"يفعل ذلك حين كان واليا بالبصرة

وأما قوله ليس من نماء الأرض فنقول هو ملحق بنمائها لاعتبار الناس أعداد الأرض لها ولأنه يتولد من أنوار الشجر فكان كالثمر

ثم إنما يجب العشر في العسل إذا كان في أرض العشر فأما إذا كان في أرض الخراج فلا شيء فيه لما ذكرنا إن وجوب العشر فيه لكونه بمنزلة الثمر لتولده من أزهار الشجر ولا شيء في ثمار أرض الخراج ولأن أرض الخراج يجب فيها الخراج فلو وجب العشر في العسل لاجتمع العشر والخراج في أرض واحدة **ولا يجتمعان** عندنا

ويجب العشر في قليله وكثيره في قول أبي حنيفة لأنه ملحق بالنماء ويجري مجرى الثمار والنصاب ليس بشرط في ذلك عنده وعندهما شرط وقد ذكرنا اختلاف الرواية عنهما في ذلك

وما يوجد في الجبال من العسل والفواكه فقد روى محمد عن أبي حنيفة أن فيه العشر

وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنه لا شيء فيه

وجه قول أبي يوسف أن هذا مباح غير مملوك فلا يجب فيه العشر كالحطب والحشيش ولأبي حنيفة عمومات العشر إلا أن ملك الخارج شرط ولما أخذه فقد ملكه فصار كما لو كان في أرضه

والحول ليس بشرط لوجوب العشر حتى لو أخرجت الأرض في السنة مرارا يجب العشر في كل مرة لأن نصوص العشر مطلقة عن شرط الحول ولأن العشر في الخارج حقيقة فيتكرر الوجوب بتكرر الخارج وكذلك خراج المقاسمة لأنه في الخارج فأما خراج الوظيفة فلا يجب في السنة إلا مرة واحدة لأن ذلك ليس في الخارج بل في الذمة عرف ذلك بتوظيف عمر رضي الله عنه وما وظف في السنة إلا مرة واحدة

فصل وأما بيان مقدار الواجب فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان قدر الواجب من العشر

والثاني في بيان قدر الواجب من الخراج

أما الأول فما سقي بماء السماء أو سقي سيحا ففيه عشر كامل وما سقى بغرب أو دالية أو سانية ففيه نصف العشر والأصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب أو دالية أو ساقية (((سانية))) ففيه نصف العشر

وعن أنس رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فيما سقته السماء أو العين أو كان بعلا العشر وما سقي بالرشاء ففيه نصف العشر ولأن العشر وجب مؤنة الأرض فيختلف الواجب بقلة المؤنة وكثرتها

ولو سقى الزرع في بعض السنة سيحا وفي بعضها بآلة يعتبر في ذلك الغالب لأن للأكثر حكم الكل كما في السوم في باب الزكاة على ما مر ولا يحتسب لصاحب الأرض ما أنفق على الغلة من سقي أو عمارة أو أجر الحافظ أو أجر العمال أو نفقة البقر لقوله صلى الله عليه وسلم ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب أو دالية أو سانية ففيه نصف

---

(١) بدائع الصنائع، ٥٧/٢

العشر أوجب العشر ونصف العشر مطلقا عن احتساب هذه المؤن ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب الحق على التفاوت لتفاوت المؤن ولو رفعت المؤن لارتفع التفاوت

وأما الثاني وهو بيان قدر الواجب من الخراج فالخراج نوعان خراج وظيفة وخراج مقاسمة أما خراج الوظيفة فما وظفه عمر رضي الله عنه ففي كل جريب أرض بيضاء تصلح للزراعة قفيز مما يزرع فيها درهم (((ودرهم))) القفيز صاع والدرهم وزن سبعة

والجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون ذراعا بذراع كسرى يزيد على ذراع العامة يقبضه (((بقصبة))) وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب الكرم عشرة دراهم هكذا وظفه عمر بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد ومثله يكون إجماعا

وأما جريب الأرض التي فيها أشجار مثمرة بحيث لا يمكن زراعتها لم يذكر في ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف أنه قال إذا كانت النخيل ملتفة جعلت عليها الخراج بقدر ما تطيق ولا أزيد على جريب الكرم عشرة دراهم وفي جريب الأرض التي يتخذ فيها الزعفران قدر ما تطيق فينظر إلى غلتها فإن كانت تبلغ غلة الأرض المزروعة يؤخذ منها قدر خراج الأرض المزروعة وإن كانت تبلغ غلة الرطبة يؤخذ منها قدر خراج أرض الرطبة هكذا لأن مبنى الخراج على الطاقة ألا ترى أن حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف رضي الله عنهما لما مسحا سواد العراق بأمر عمر رضي الله عنه ووضعا على كل جريب يصلح للزراعة قفيزا ودرهما وعلى كل جريب يصلح للرطبة خمسة دراهم وعلى كل جريب يصلح للكرم عشرة دراهم فقال لهما عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما ما لا تطيق فقالا بل حملنا ما تطيق ولو زدنا لأطاقت

فدل الحديث على أن مبنى

---

(١) ".

"مضافان إلى ما بعد الموت بلا فصل فإذا لم يكن ذلك زمان ثبوت الملك للوارث لم تصح إضافة العتق إليه إذ العتق لا يصح إلا في الملك أو مضافا إلى الملك وصحة إضافة الطلاق لانعدام الإضافة إلى حالة زوال النكاح فصحت الإضافة ووقع الطلاق وحرمت عليه ومحمد يقول القياس ما قال زفر أن الملك للوارث له يثبت عقيب الموت بلا فصل فقد أضاف الطلاق إلى زمان بطلان النكاح فلم يصح وكان ينبغي أن تصح إضافة العتق إليه إلا أني استحسنت أن لا تصح لأن الإعتاق إزالة الملك والإزالة تستدعي تقدم الثبوت والعتق مع الملك **لا يجتمعان** في محل واحد في زمان واحد

ولو قال إذا مات مولاك فملكتك فأنت حرة فمات المولى والزوج وارثه عتقت لأنه أضاف العتق إلى الملك ولو قال إذا مات مولاك فملكتك فأنت طالق لم يقع الطلاق في قولهم لأنه إذا ملكها فقد زال النكاح فلا يتصور الطلاق ولو قال رجل لأمته إذا مات فلان فأنت حرة ثم باعها من فلان ثم تزوجها ثم قال لها إذا مات مولاك فأنت طالق اثنتين ثم مات المولى وهو وارثه قال أبو يوسف يقع الطلاق ولا يقع العتاق وقال محمد لا يقعان جميعا وقال زفر يقع العتاق ولا يقع الطلاق

---

(١) بدائع الصنائع، ٦٢/٢

أما وقوع الطلاق على قول أبي يوسف وعدم الوقوع على مذهب محمد وعدم ثبوت العتق على قولهما فلما ذكرنا وزفر يقول وجد عقد اليمين في ملكه والشرط في ملكه فما بين ذلك لا يعتبر كمن قال لأمته إن دخلت الدار فأنت حرة ثم باعها واشتراها فدخلت الدار والله عز وجل أعلم

كتاب الطلاق قال الشيخ رحمه الله تعالى الكلام في هذا الكتاب في الأصل يقع في خمسة مواضع في بيان صفة الطلاق وفي بيان قدره وفي بيان ركنه وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكمه

أما الأول فالطلاق بحق الصفة نوعان طلاق سنة وطلاق بدعة وإن شئت قلت طلاق مسنون وطلاق مكروه

أما طلاق السنة فالكلام فيه في موضعين أحدهما في تفسير طلاق السنة أنه ما هو

والثاني في بيان الألفاظ التي يقع بها طلاق السنة

أما الأول فطلاق السنة نوعان نوع يرجع إلى الوقت ونوع يرجع إلى العدد وكد (((وكل))) واحد منهما نوعان حسن وأحسن ولا يمكن معرفة كل واحد منهما إلا بعد معرفة أصناف النساء وهن في الأصل على صنفين حرائر وإماء وكل صنف على صنفين حائلات وحاملات والحائلات على صنفين ذوات الأقراء وذوات الأشهر إذا عرف هذا فنقول وبالله التوفيق أحسن الطلاق في ذوات القرء أن يطلقها طلقة واحدة رجعية في طهر لا جماع فيه ولا طلاق ولا في حيضة طلاق ولا جماع ويتركها حتى تنقضي عدتها ثلاث حيضات إن كانت حرة وإن كانت أمة حيضتان

والأصل فيه ما روي عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه قال كان أصحاب رسول الله يستحسنون أن لا يطلقوا للسنة إلا واحدة ثم لا يطلقوا غير ذلك حتى تنقضي العدة

وفي رواية أخرى قال في الحكاية عنهم وكان ذلك عندهم أحسن من أن يطلق الرجل ثلاثة في ثلاثة أطهار

وهذا نص في الباب ومثله لا يكذب ولأن الكراهة لمكان احتمال الندم والطلاق في طهر لا جماع فيه دليل على عدم الندم لأن الطهر الذي لا جماع فيه زمان كمال الرغبة والفحل لا يطلق امرأته في زمان كمال الرغبة إلا لشدة حاجته إلى الطلاق فالظاهر أنه لا يلحقه الندم فكان طلاقه (((طلاق))) لحاجة فكان مسنونا ولو لحقه الندم فهو أقرب إلى التدارك من الثلاث في ثلاثة أطهار فكان أحسن وإنما شرطنا (((شرطا))) أن يكون في طهر لا طلاق فيه لأن الجمع بين الطلقات الثلاث أو الطلقتين في طهر واحد مكروه عندنا وإنما شرطنا أن لا يكون في حيضة جماع ولا طلاق لأنه إذا جامعها في حيض هذا الطهر احتمل أنه وقع الجماع معلقا فيظهر الحبل فيندم على صنيعه فيظهر أنه طلق لا لحاجة وإذا طلقها فيه فالطلاق فيه بمنزلة الطلاق في الطهر الذي بعده لأن تلك الحيضة لا يعتد بها ولو طلقها في الطهر يكره له أن يطلقها أخرى فيه فكذا إذا طلقها في الحيض ثم طهرت

وأما في الحامل إذا استبان حملها فالأحسن أن يطلقها واحدة رجعية وإن كان قد جامعها وطلقها عقيب الجماع لأن الكراهة في ذوات القرء لاحتمال الندامة لا لاحتمال الحبل فمتى طلقها مع علمه بالحبل فالظاهر

." (١)

"على اليمين بالله تعالى ويقع على اليمين بالشرط والجزاء لتحقق معنى اليمين وهو القوة

ولو حلف بغير الله عز وجل وبغير الشرط والجزاء لا يكون موليا حتى لا تبين بمضي المدة من غير فيء ولا كفارة عليه إن قربها لأنه ليس بيمين لانعدام معنى اليمين وهو القوة

وقال النبي لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر

وروي من حلف بغير الله فقد أشرك أما الألفاظ الدالة على منع النفس عن الجماع فأنواع بعضها صريح وبعضها يجري مجرى الصريح وبعضها كناية أما الصريح فلفظ المجامعة بأن يحلف أن لا يجامعها وأما الذي يجري مجرى الصريح فلفظ القربان والوطء والمباضعة والافتضاض في البكر بأن يحلف أن لا يقربها أو لا يطأها أو لا يباضعها أو لا يفتضها وهي بكر لأن القربان المضاف إلى المرأة يراد به الجماع في العرف قال الله تعالى ﴿ ولا تقربوهن حتى يطهرن ﴾ وكذا الوطء المضاف إليها غلب استعماله في الجماع

قال النبي في سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحبالى (((الحيالى))) حتى يستبرأن بحيضة والمباضعة مفاعلة من البضع وهو الجماع أو الفرج والافتضاض في العرف عبارة عن جماع البكر وهو كسر العذرة مأخوذ من الفض وهو الكسر وكذا إذا حلف لا يغتسل منها لأن الاغتسال منها لا يكون إلا بالجماع فأما الجماع في غير الفرج فالاغتسال لا يكون منها وإنما يكون من الإنزال ألا يرى أنه ما لم ينزل لا يجب الغسل وفي الجماع في الفرج لا يقف وجوب الاغتسال على وجود الإنزال

ولو قال لم أعن به الجماع لا يدين في القضاء لكونه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأن اللفظ يحتمله في الجملة

وأما الكناية فنحو لفظة الإتيان والإصابة بأن حلف لا يأتيها أو لا يصيب منها يريد الجماع لأنهما من كنايات الجماع لأنهما يستعملان في الجماع وفي غيره استعمالا على السواء فلا بد من النية

وكذا لفظة الغشيان بأن حلف لا يغشاها لأن الغشيان يستعمل في الجماع قال الله تعالى ﴿ فلما تغشاها ﴾ أي جامعها ويستعمل في المجيء وفي الستر والتغطية قال الله تعالى ﴿ يوم يغشاهم العذاب ﴾ قيل يأتيهم وقيل يسترهم ويغطيهم فلا بد من النية

وكذا إذا حلف لا يمس جلده جلدها وقال لم أعن به الجماع يصدق لأنه يحتمل الجماع ويحتمل للمس (((المس))) المطلق فيحنث لغير (((بغير))) الجماع والإيلاء ما وقف الحنث فيه على الجماع ولأنه يمكنه جماعها بغير مماسة الجلد بأن يلف ذكره بحريرة فيجامعها وكذا إذا حلف لا يمسها لما قلنا وكذا إذا حلف لا يضاجعها أو لا يقرب فراشها وقال لم أعن به الجماع فهو مصدق في القضاء لأن هذا اللفظ يستعمل في الجماع ويستعمل في غيره استعمالا واحدا ولأنه يمكنه جماعها من غير مضاجعة ولا قرب فراش

---

(١) بدائع الصنائع، ٨٨/٣

ولو حلف لا يجتمع رأسي ورأسك فإن عنى به الجماع فهو مول لأنه يحتمل الجماع وإن لم يعن به الجماع لم يكن موليا **ولا يجتمعان** على فراش ولا مرفقة لئلا يلزمه الكفارة وله جماعها من غير اجتماع على الفراش ولا شيء يجمع رأسها عليه

ولو حلف لا يجمع رأسي ورأسك وسادة أو لا يؤويني وإياك بيت أو لا أبيت معك في فراش فإن عني به الجماع فهو مول لأنه يحتمل الجماع فتصح نيته وكيفما جامعها فهو حانث وإن لم يعن به الجماع فليس بمول ولا يأوي معها في بيت ولا يبيت معها في فراش **ولا يجتمعان** على وسادة لئلا تلزمه الكفارة ويطؤها على الأرض والبوادي

ولو حلف لأسوءنك أو لأغيظنك لا يكون موليا إلا إذا عني به ترك الجماع لأن المساءة قد تكون بترك الجماع وقد تكون بغيره وكذا الغيظ فلا بد من النية وأما اليمين بالله تعالى وبصفاته فهي الحلف باسم من أسماء الله تعالى أو بصفة من صفاته بلفظ لا يستعمل في غير الصفة أو يستعمل في الصفة وفي غيرها لكن على وجه لا يغلب استعماله في غير الصفة وموضع معرفة هذه الجملة كتاب الأيمان ثم الإيلاء إذا كان بالله تعالى فالمولي لا يخلو إما إن أطلق الإيلاء وإما إن علقه بشرط وإما إن أضافه إلى وقت وإما إن وقته إلى غاية فإن أطلق بأن قال لامرأته والله لا أقربك كان موليا للحال

والأصل فيه أن من منع نفسه عن قربان زوجته بما يصلح أن يكون مانعا وبما يحلف به عادة يصير موليا أو يقال من لا يمكنه قربان زوجته في المدة من غير شيء يلزمه بسبب اليمين فهو مول وقد وجد ههنا لأن ذكر اسم الله تعالى يصلح مانعا تحرزا عن الهتك وهو ما يحلف به عادة وعرفا وكذا لا يمكنه قربان زوجته في المدة من غير شيء يلزمه وهو الكفارة فيصير موليا

---

(١) ".

"منهما فيكون لهما مهر ومتعة بينهما لكل واحدة منهما نصف مهر المثل ونصف متعة

وإن كان سمى لإحداهما مهرا ولم يسم للأخرى فللمسمى لها ثلاثة أرباع المهر وللتي لم يسم لها مهرا نصف مهر المثل لأن المسمى لها إذا كانت منكوحة فلها جميع المسمى وإن كانت مطلقة فلها النصف فيتنصف كل ذلك فيكون لها ثلاثة أرباع المهر المسمى والتي لم يسم لها إن كانت منكوحة فلها جميع مهر المثل وإن كانت مطلقة فليس لها من مهر المثل شيء فاستحقت في حال ولم تستحق شيئا منه في حال فيكون لها نصف مهر المثل

والقياس أن يكون لها نصف المتعة أيضا وهو قول زفر وفي الاستحسان ليس لها إلا نصف مهر المثل

وجه القياس أنها إن كانت منكوحة فلها كمال مهر المثل وإن كانت مطلقة فلها كمال المتعة فكان لها كمال مهر المثل في حال وكمال المتعة في حال فيتنصف كل واحدة منهما فيكون لها نصف مهر مثلها ونصف متعتها

وجه الاستحسان أن نصف مهر المثل إذا وجب لها امتنع وجوب المتعة

لأن المتعة بدل عن نصف مهر المثل والبدل والمبدل **لا يجتمعان**

---

(١) بدائع الصنائع، ١٦٢/٣

هذا إذا كانت المسمى لها مهر المثل معلومة فإن لم تكن معلومة فلها مهر وربع مهر إذا كان مهر مثلها سواء ويكون بينهما لأن كل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المسمى لها المهر فيكون لها ثلاثة أرباع المهر لما ذكرنا ويحتمل أن تكون غير المسمى لها المهر فيكون لها نصف مهر المثل ففي حال يجب ثلاثة أرباع المهر وفي حال يجب نصف المهر فيتنصف كل ذلك فيكون لهما مهر وربع مهر بينهما لكل واحدة منهما نصف مهر وثمن مهر نصف مهر المسمى وثمن مهر المثل ولا تجب المتعة استحسانا

والقياس أن يجب نصف المتعة أيضا ويكون بينهما وهو قول زفر

وجه القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا والله عز وجل أعلم

وهذه المسائل تدل على أن الطلاق قد وقع في إحداهما غير عين وقت الإرسال حيث شاع فيهما بعد الموت إذ الواقع يشيع والله عز وجل الموفق

وأما حكم الميراث فهو أنهما يرثان منه ميراث امرأة واحدة ويكون بينهما نصفين في الأحوال كلها لأن إحداهما منكوحة بيقين وليست إحداهما بأولى من الأخرى فيكون قدر ميراث امرأة واحدة بينهما فإن كان للزوج امرأة أخرى سواهما لم يدخلها في الطلاق فلها نصف ميراث النساء ولهما النصف لأنه لا يزاحمها إلا واحدة منهما لأن المنكوحة واحدة منهما والأخرى مطلقة فكان لها النصف ثم النصف الثاني يكون بين الأخريين نصفين إذ ليست إحداهما بأولى من الأخرى

وأما حكم العدة فعلى كل واحدة منهما عدة الوفاة وعدة الطلاق لأن إحداهما منكوحة والأخرى مطلقة وعلى المنكوحة عدة الوفاة لا عدة الطلاق وعلى المطلقة عدة الطلاق لا عدة الوفاة فدارت كل واحدة من العدتين في حق كل واحدة من المرأتين بين الوجوب وعدم الوجوب والعدة يحتاط في إيجابها ومن الاحتياط القول بوجوبها على كل واحدة منهما والله تعالى الموفق

وإن كان ممن لا يملك طلاقها لا تصح الإضافة بالإجماع بأن جمع بين امرأته وبين أجنبية فقال إحداكما طالق حتى لا تطلق زوجته لأن هذا الكلام يستعمل للإنشاء ويستعمل للأخبار ولو حمل على الإخبار لصح لأنه يخبر أن إحداهما طالق والأمر على ما أخبر ولو حمل على الإنشاء لم يصح لأن إحداهما وهي الأجنبية لا تحتمل الإنشاء لعدم النكاح ولا طلاق قبل النكاح على لسان رسول الله فكان حمله على الإخبار أولى

هذا إذا كان المزاحم في الاسم محتملا للطلاق فأما إذا لم يكن نحو ما إذا جمع بين امرأته وبين حجر أو بهيمة فقال إحداكما طالق فهل تصح الإضافة اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف تصح حتى يقع الطلاق على امرأته وقال محمد لا تصح ولا تطلق امرأته

وجه قوله أن الجمع بين المنكوحة وغير المنكوحة يوجب شكا في إيقاع الطلاق على المنكوحة كما لو جمع بين امرأة وبين أجنبية وقال إحداكما طالق فلا يقع مع الشك

ولهما أنه إذا جمع بين من يحتمل الطلاق وبين من لا يحتمل الطلاق في الاسم وأضاف الطلاق إليهما فالظاهر أنه أراد به من يحتمل الطلاق لا من لا يحتمل الطلاق لأن إضافة الطلاق إلى من لا يحتمله سفه فانصرف مطلق الإضافة إلى زوجته بدلالة الحال بخلاف ما إذا جمع بينها وبين أجنبية لأن الأجنبية محتملة للطلاق في الجملة وهي محتملة للطلاق في

الحال إخبارا إن كانت لا تحتمله إنشاء وفي الصرف إلى الإخبار صيانة كلامه عن اللغو فصرف إليه ولو جمع بين زوجته وبين رجل فقال إحداكما طالق لم يصح

." (١)

"وتعالى خص اللعان بالأزواج ولو طلقها طلاقا رجعيا لا يسقط اللعان لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية

ولو قال لها يا زانية أنت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان لأن قوله يا زانية أوجب اللعان لا الحد لأنه قذف الزوجة ولما قال أنت طالق ثلاثا فقد أبطل الزوجية واللعان لا يجري في غير الأزواج

ولو قال لها أنت طالق ثلاثا يا زانية يجب الحد ولا يجب اللعان لأنه قذفها بعد الإبانة وهي أجنبية بعد الإبانة وقذف الأجنبية يوجب الحد لا اللعان

ولو أكذب الزوج نفسه سقط اللعان لتعذر الإتيان به إذ من المحال أن يؤمر أن يشهد بالله إنه لمن الصادقين وهو يقول إنه كاذب ويجب الحد لما نذكر في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى

ولو أكذبت المرأة نفسها في الإنكار وصدقت الزوج في القذف سقط اللعان لما قلنا ولا حد لما نذكر إن شاء الله تعالى ولو لم ينعقد القذف موجبا للعان أصلا لفوات شرط من شرائط الوجوب فهل يجب الحد فمشايخنا أصلوا في ذلك أصلا فقالوا إن كان عدم وجوب اللعان أو سقوطه بعد الوجوب لمعنى من جانبها فلا حد (((حدود))) ولا لعان وإن كان القذف صحيحا وإن كان لمعنى من جانبه فإن لم يكن القذف صحيحا فكذلك وإن كان صحيحا يحد

وعلى هذا الأصل خرجوا جنس هذه المسائل فقالوا إذا أكذب نفسه يحد لأن سقوط اللعان لمعنى من جانبه وهو إكذابه نفسه والقذف صحيح لأنه قذف عاقل بالغ فيجب الحد ولو أكذبت نفسها في الإنكار وصدقت الزوج في القذف فلا حد ولا لعان وإن كانت على صفة الالتعان لأن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو إكذابها نفسها ولو كانت المرأة على صفة الالتعان والزوج عبد أو كافر أو محدود في قذف فعليه الحد لأن قذفها قذف صحيح وإنما سقط اللعان لمعنى من جهته وهو أنه على صفة لا يصح منه اللعان ولو كان الزوج صبيا أو مجنونا فلا حد ولا لعان

وإن كانت المرأة على صفة الالتعان لأن قذف الصبي والمجنون ليس بصحيح ولو كان الزوج حرا عاقلا بالغا مسلما غير محدود في قذف والزوجة لا بصفة الالتعان بأن كانت كافرة أو مملوكة أو صبية أو مجنونة أو زانية فلا حد على الزوج ولا لعان لأن قذفها ليس بقذف صحيح

ألا ترى أن أجنبيا لو قذفها لا يحد ولو كانت المرأة مسلمة حرة عاقلة بالغة عفيفة إلا أنها محدودة في القذف فلا حد ولا لعان لأن القذف وإن كان صحيحا لكن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو أنها ليست من أهل الشهادة فلا يجب اللعان ولا الحد كما لو صدقته وإن كان كل واحد من الزوجين محدودا في قذف فقذفها فعليه الحد لأن القذف صحيح وسقوط اللعان لمعنى في الزوج ولا يقال إنه سقط لمعنى في المرأة بدليل أن الزوج لو لم يكن محدودا والمرأة محدودة لا يجب

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٢٧/٣

اللعان لاعتبار جانبها وإن كان السقوط لمعنى من جانبها فينبغي أن لا يجب اللعان ولا الحد لأنا نقول القذف الصحيح إنما نعتبر (((تعتبر))) فيه صفات المرأة إذا كان الزوج من أهل اللعان فأما إذا لم يكن من أهل اللعان لا تعتبر وإنما تعتبر صفات الزوج فيعتبر المانع بما فيه لا بما فيها فكان سقوط اللعان لمعنى في الزوج بعد صحة القذف فيحد والله عز وجل أعلم

فصل وأما حكم اللعان فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان حكم اللعان

والثاني في بيان ما يبطل حكمه

أما بيان حكم اللعان فللعان حكمان أحدهما أصلي والآخر ليس بأصلي أما الحكم الأصلي للعان فنذكر أصل الحكم ووصفه

أما الأول فنقول اختلف العلماء فيه قال أصحابنا الثلاثة هو وجوب التفريق ما داما على حال اللعان لا وقوع الفرقة بنفس اللعان من غير تفريق الحاكم حتى يجوز طلاق الزوج وظهاره وإيلاؤه ويجري التوارث بينهما قبل التفريق

وقال زفر والشافعي هو وقوع الفرقة بنفس اللعان إلا أن عند زفر لا تقع الفرقة ما لم يلتعنا

وعند الشافعي تقع الفرقة بلعان الزوج قبل أن تلتعن المرأة وجه قول الشافعي أن الفرقة أمر يختص بالزوج ألا ترى أنه هو المختص بسبب الفرقة فلا يقف وقوعها على فعل المرأة كالطلاق

واحتج زفر بما روي عن رسول الله أنه قال المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا وفي بقاء النكاح اجتماعهما وهو خلاف النص

ولنا ما روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول (((النبي))) الله وانتفى من ولدها ففرق النبي بينهما وألحق الولد بالمرأة

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين عاصم بن عدي

". (١)

"وبين امرأته فرق بينهما

وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني وبين امرأته فلما فرغا من اللعان فرق بينهما ثم قال عليه الصلاة والسلام الله يعلم أن أحدكما لكاذب فهل منكما تائب قال ذلك ثلاثا فأبيا ففرق بينهما

فدلت الأحاديث على أن الفرقة لا تقع بلعان الزوج ولا بلعانها إذ لو وقعت لما احتمل التفريق من رسول الله بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان ولأن ذلك (((ملك))) النكاح كان ثابتا قبل اللعان والأصل أن الملك متى ثبت لإنسان لا يزول إلا بإزالته أو بخروجه من أن يكون منتفعا به في حقه لعجزه عن الانتفاع به ولم توجد الإزالة من الزوج لأن

---

(١) بدائع الصنائع، ٣/٢٤٤

اللعان لا ينبيء عن زوال الملك لأنه شهادة مؤكدة باليمين أو يمين وكل واحد منهما لا ينبيء عن زوال الملك ولهذا لا يزول بسائر الشهادات والأيمان والقدرة على الامتناع ثابتة فلا تقع الفرقة بنفس اللعان وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعي

ثم قول الشافعي مخالف لآية اللعان لأن الله تعالى خاطب الأزواج باللعان بقوله عز وجل ﴿ والذين يرمون أزواجهم ﴾ إلى آخر ما ذكر فلو ثبت (((ثبتت))) الفرقة بلعان الزوج فالزوجة تلاعنه وهي غير زوجة وهذا خلاف النص

وأما زفر فلا حجة له في الحديث لأن المتلاعن متفاعل من اللعن وحقيقة المتفاعل المتشاغل بالفعل فبعد الفراغ منه لا يبقى فاعلا حقيقة فلا يبقى ملاعنا حقيقة فلا يصح التمسك به لإثبات الفرقة عقيب اللعان فلا تثبت الفرقة عقيبه وإنما الثابت عقيبه وجوب التفريق فإن فرق الزوج بنفسه وإلا ينوب القاضي منابه في التفريق فإذا فرق بعد تمام اللعان وقعت الفرقة فإن أخطأ القاضي ففرق قبل تمام اللعان ينظر إن كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان نفذ التفريق وإن لم يلتعنا أكثر اللعان أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان لم ينفذ وإنما كان كذلك لأن تفريق القاضي إذا وقع بعد أكثر اللعان فقد قضى بالاجتهاد في موضع يسوغ الاجتهاد فيه فينفذ قضاؤه كما في سائر المجتهدات

والدليل على أن تفريقه صادف يحل (((محل))) الاجتهاد وجوه ثلاثة أحدها أنه عرف أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام فاقتضى اجتهاده إلى أن الأكثر يقوم مقام الكل في اللعان

والثاني أنه اجتهد أن التكرار في اللعان للتأكيد والتغليظ وهذا المعنى يوجد في الأكثر

والثالث أنه زعم أنه لما ساغ للشافعي الاقتصار على لعان الزوج إذا قذف المجنونة أو الميتة فلأن يسوغ له الاجتهاد بعد إكمال الزوج لعانه وإتيان المرأة بأكثر اللعان أولى فثبت أن قضاء القاضي صادف محل الاجتهاد فينفذ

فإن قيل شرط جواز الاجتهاد أن لا يخالف النص وهذا قد خالف النص من الكتاب والسنة لأن كتاب الله ورد باللعان بعدد مخصوص وكذا النبي لاعن بين الزوجين على ذلك العدد وإذا كان العدد منصوصا عليه فالاجتهاد إذا خالف النص باطل فالجواب ممنوع إن اجتهاد القاضي خالف للنص (((النص))) فإن التنصيص على عدد لا ينفي جواز الأكثر وإقامته مقام الكل ولا يقتضي الجواز أيضا فلم يكن الحكم منصوصا عليه بل كان مسكوتا عنه فكان محل الاجتهاد وفائدته التنصيص على العدد المذكور والتنبيه على الأصل والأولى وهذا لا ينفي الجواز

وأما الثاني فقد اختلف العلماء فيه أيضا قال أبو حنيفة ومحمد الفرقة في اللعان فرقة بتطليقة بائنة فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة الاجتهاد والتزوج ما داما على حالة اللعان فإن أكذب الزوج نفسه فجلد الحد أو أكذبت المرأة نفسها بأن صدقته جاز النكاح بينهما ويجتمعان

وقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد هي فرقة بغير طلاق وإنها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة واحتجوا بقول النبي المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا وهو نص في الباب

وكذا روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وغيرهم رضي الله عنه (((عنهم))) أنهم قالوا المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا ولأبي حنيفة ومحمد ما روي أن رسول الله لما لاعن بين عويمر العجلاني وبين امرأته فقال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا وفي بعض الروايات كذبت عليها إن لم

أفارقها فهي طالق ثلاثا فصار طلاق الزوج عقيب اللعان سنة المتلاعنين لأن عويمر طلق زوجته ثلاثا بعد اللعان عند رسول الله فأنفذها عليه رسول الله فيجب على كل ملاعن أن يطلق فإذا امتنع ينوب القاضي منابه في

." (١)

"أنه قال له أن ينفي إلى تمام سنتين لأنه لما مضى وقت النفاس يعتبر وقت الرضاع ومدته سنتان عندهما ولو بلغه الخبر بعد حولين فنفاه ذكر في غير رواية الأصول عن أبي يوسف أنه لا يقطع النسب ويلاعن

وعن محمد أنه قال ينتفي الولد إذا نفاه بعد بلوغ الخبر إلى أربعين يوما ومنها أن لا يسبق النفي عن الزوج ما يكون إقرارا منه بنسب الولد لا نصا ولا دلالة فإن سبق لا يقطع النسب من الأب لأن النسب بعد الإقرار به لا يحتمل النفي بوجه لأنه لما أقر به فقد ثبت نسبه والنسب حق الولد فلا يملك الرجوع عنه بالنفي فالنص نحو أن يقول هذا ولدي أو هذا الولد مني والدلالة هي أن يسكت إذا هنيء (((هنئ))) ولا يرد على المهنيء (((المهنئ))) لأن العاقل لا يسكت عند التهنئة بولد ليس منه عادة

فكان السكوت والحالة هذه اعترافا بنسب الولد فلا يملك نفيه بعد الاعتراف

وروى ابن رستم عن محمد أنه إذا هنيء (((هنئ))) بولد الأمة فسكت لم يكن اعترافا وإن سكت في ولد الزوجة كان اعترافا

ووجه الفرق أن نسب ولد الزوجة قد ثبت بالفراش إلا أن له غرضية النفي من الزوج فإذا سكت عند التهنئة دل على أنه لا ينفيه فبطلت الغرضية فتقرر النسب

فإما ولد الأمة فلا يثبت نسبه إلا بالدعوة ولم توجد فإن جاءت بولدين في بطن فأقر بأحدهما ونفى الآخر فإن أقر بالأول ونفى الثاني لاعن ولزمه الولدان جميعا أما لزوج (((لزوم))) الولدين فلأن إقراره بالأول إقرار بالثاني لأن الحمل حمل واحد فلا يتصور ثبوت بعض نسب الحمل دون بعض كالواحد أنه لا يتصور ثبوت نسب بعضه دون بعض فإذا نفى الثاني فقد رجع عما أقر به والنسب المقر به لا يحتمل الرجوع عنه فلم يصح نفيه فيثبت نسبهما جميعا ويلاعن لأن من أقر بنسب ولد ثم نفاه يلاعن وإن كان لا يقطع نسبه لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان بل ينفصل عنه في الجملة

ألا ترى أنه شرع في المقذوفة بغير ولد ثم إنما وجب اللعان لأنه لما أقر بالأول فقد وصف امرأته بالعفة ولما نفى الولد فقد وصفها بالزنا ومن قال لامرأته أنت عفيفة ثم قال لها أنت زانية يلاعن وإن نفى الأول وأقر بالثاني حد ولا لعان ويلزمانه جميعا

أما ثبوت نسب الولدين فلأن نفي الأول وإن تضمن نفي الثاني فالإقرار بالثاني يتضمن الإقرار بالأول فيصير مكذبا نفسه

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٤٥/٣

ومن وجب عليه اللعان إذا أكذب نفسه يحد وإذا حد لا يلاعن لأنهما **لا يجتمعان** ولأنه لما نفى الأول فقد قذفها بالزنا فلما أقر بالثاني فقد وصفها بالعفة ومن قال لامرأته أنت زانية ثم قال لها أنت عفيفة يحد حد القذف ولا يلاعن

ومنها أن يكون الولد حيا وقت قطع النسب وهو وقت التفريق فإن لم يكن لا يقطع نسبه من الأب حتى لو جاءت بولد فمات ثم نفاه الزوج يلاعن ويلزمه الولد لأن النسب يتقرر بالموت فلا يحتمل الانقطاع ولكنه يلاعن لوجود القذف بنفي الولد وانقطاع النسب ليس من لوازم اللعان

وكذلك إذا جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما يلاعن ويلزمه الولدان لما قلنا وكذلك إذا جاءت بولد فنفاه الزوج ثم مات الولد قبل اللعان يلاعن الزوج ويلزمه الولد لما قلنا

وكذا لو جاءت بولدين فنفاهما ثم ماتا قبل اللعان أو قتلا يلاعن ويلزمه الولدان لأن النسب بعد الموت لا يحتمل القطع ويلاعن لما قلنا وكذا لو نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان أو قتل لزمه الولدان لأن نسب الميت منهما لا يحتمل القطع لتقرره بالموت فكذا نسب الحي لأنهما توأمان

وأما اللعان فقد ذكر الكرخي أنه يلاعن ولم يذكر الخلاف وكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي

وذكر ابن سماعة الخلاف في المسألة فقال عند أبي يوسف يبطل اللعان وعند محمد لا يبطل

وجه قول محمد أن اللعان قد وجب بالنفي فلو بطل إنما يبطل لامتناع قطع النسب وامتناعه لا يمنع بقاء اللعان لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان ولأبي يوسف أن المقصود من اللعان الواجب بهذا القذف أعني القذف بنفي الولد هو نفي الولد فإذا تعذر تحقيق هذا المقصود لم يكن في بقاء اللعان فائدة فلا ينفي الولد ولو ولدت ولدا فنفاه ولاعن الحاكم بينهما وفرق وألزم الولد أمه أو لزمها بنفس التفريق ثم ولدت ولدا آخر من الغد لزمه الولدان جميعا واللعان ماض لأنه قد ثبت نسب الولد الثاني إذ لا يمكن قطعه مما (((بما))) وجد من اللعان لأن حكم اللعان قد بطل بالفرقة فيثبت نسب الولد الثاني

وإن قال الزوج هما ابناي لا حد عليه لأنه صادق في إقراره بنسب الولدين لكونهما ثابتي النسب منه شرعا

فإن قيل أليس أنه أكذب نفسه بقوله هما ابناي لأنه سبق منه نفى الولد ومن

". (١)

"للكلأ وسائر الأعيان المباحة إنها غير جائزة لما بينا والله عز وجل أعلم

فصل وأما شرائط الركن فأنواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة وبعضها شرط اللزوم

أما شرط الانعقاد فثلاثة أنواع نوع يرجع إلى العاقد ونوع يرجع إلى نفس العقد ونوع يرجع إلى مكان العقد

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٤٧/٣

أما الذي يرجع إلى العاقد فالعقل وهو أن يكون العاقد عاقلا حتى لا تنعقد الإجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل كما لا ينعقد البيع منهما

وأما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ عندنا حتى إن الصبي العاقل لو أجر ماله أو نفسه فإن كان مأذونا ينفذ وإن كان محجورا يقف على إجازة الولي عندنا خلافا للشافعي وهي من مسائل المأذون

ولو أجر الصبي المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل يستحق الأجر ويكون الأجر له أما استحقاق الأجر فلأن عدم النفاذ كان نظرا له والنظر بعد الفراغ من العمل سليما في النفاذ فيستحق الأجرة ولا يهدر سعيه فيتضرر به وكان الولي أذن له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير

وأما كون الأجرة المسماة له فلأنها بدل منافع وهي حقة وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا فينفذ عقد المملوك إن كان مأذونا ويقف على إجارة (((إجازة))) مولاه إن كان محجورا

وعند الشافعي لا يقف بل يبطل

وإذا سلم من العمل في إجارة نفسه أو إجارة مال المولى وجب الأجر المسمى لما ذكرنا في الصبي إلا أن الأجر هنا يكون للمولى لأن العبد ملك المولى والأجر كسبه وكسب المملوك للمالك

ولو هلك الصبي أو العبد في يد المستأجر في المدة ضمن لأنه صار غاصبا حيث استعملهما من غير إذن المولى ولا يجب الأجر لأن الأجر مع الضمان **لا يجتمعان** ولو قتل العبد أو الصبي خطأ فعلى عاقلته الدية أو القيمة وعليه الأجر في ماله لأن إيجاب الأجرة ههنا لا يؤدي إلى الجمع لاختلاف من عليه الواجب وللمكاتب أن يؤاجر ويستأجر لأنه في مكاسبه كالحر

وأما كون العاقد طائعا جادا عامدا فليس بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا لكنه من شرائط الصحة كما في بيع العين وإسلامه ليس بشرط أصلا فتجوز الإجارة والاستئجار من المسلم والذمي والحربي المستأمن لأن هذا من عقود المعاوضات فيملكه المسلم والكافر جميعا كالبياعات غير أن الذمي إن استأجر دارا من المسلم (((مسلم))) في المصر فأراد أن يتخذها مصلى للعامة ويضرب فيها بالناقوس له ذلك ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعوه من ذلك على طريق الحسبة لما فيه من إحداث شعائر لهم وفيه تهاون بالمسلمين واستخفاف بهم كما يمنع من إحداث ذلك في دار نفسه في أمصار المسلمين ولهذا يمنعون من إحداث الكنائس في أمصار المسلمين

قال النبي لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة أي لا يجوز إخصاء الإنسان ولا إحداث الكنيسة في دار الإسلام في الأمصار ولا يمنع أن يصلي فيها بنفسه من غير جماعة لأنه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى ألا ترى أنه لو فعل ذلك في دار نفسه لا يمنع منه ولو كانت الدار بالسواد ذكر في الأصل أنه لا يمنع من ذلك لكن قيل أن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك في زمانه لأن أكثر أهل السواد في زمانه كانوا أهل الذمة من المجوس فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر فكان الحكم فيه كالحكم في المصر

وهذا إذا لم يشرط ذلك في العقد فأما إذا شرط بأن استأجر ذمي دارا من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة لم تجز الإجارة لأنه استئجار على المعصية

وكذا لو استأجر ذمي من ذمي ليفعل ذلك لما قلنا ولا بأس باستئجار ظئر كافرة والتي ولدت من فجور لأن الكفر والفجور لا يؤثران في اللبان (((اللبن))) لأن لبنهما لا يضر بالصبي ويكره استئجار الحمقاء لقوله لا ترضع لكم الحمقاء

فإن اللبن يفسد والظاهر أن المراد منه غير الأم لأن الولادة أبلغ من الرضاع نهى وعلل بالإفساد لأن حمقها لمرض بها عادة ولبن المريضة يضر بالصبي ويحتمل أن النهي عن ذلك لئلا يتعود الصبي بعادة الحمقى لأن الصبي يتعود بعادة ظئره والله أعلم

وأما الذي يرجع إلى نفس العقد ومكانه فما ذكرنا في كتاب البيوع

وأما شرط النفاذ فأنواع منها خلو العاقد عن الردة إذا كان ذكرا في قول أبي حنيفة

وعند أبي يوسف ومحمد ليس بشرط بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عند أبي حنيفة وعندهما نافذة وتصرفات المرتدة نافذة

." (١)

"على القصار والضمان على سائق الحمولة لأن الجناية من السائق لأن المشي في الطريق مقيد بالسلامة فكان التلف مضافا إليه فكان الضمان عليه

ولو تكارى رجل دابة ليركبها فضربها فعطبت أو كبحها باللجام فعطبها ذلك فإنه ضامن إلا أن يأذن له صاحب الدابة في ذلك عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد نستحسن أن لا نضمنه إذا لم يتعد في الضرب المعتاد والكبح المعتاد

وجه قولهما أن ضرب الدابة وكبحها معتاد متعارف والمعتاد كالمشروط ولو شرط ذلك لا يضمن كذا هذا

ولأبي حنيفة أن كل واحد منهما من الضرب والكبح غير مأذون فيه لأن العقد لا يوجب الإذن بذلك لإمكان استيفاء المنافع بدونه فصار كما لو كان ذلك من أجنبي على أنا إن سلمنا أنه مأذون فيه لكنه مقيد بشرط السلامة لأنه يفعله لمنفعة نفسه مع كونه مخيرا فيه فأشبه ضربه لزوجته ودعوى العرف في غير الدابة المملوكة ممنوعة على أن كونه مأذونا فيه لا يمنع وجوب الضمان إذا كان بشرط السلامة على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم

ومنها الخلاف وهو سبب لوجوب الضمان إذا وقع غصبا لأن الغصب سبب لوجوب الضمان وجملة الكلام فيه أن الخلاف قد يكون في الجنس وقد يكون في القدر وقد يكون في الصفة وقد يكون في المكان وقد يكون في الزمان والخلاف من هذه الوجوه قد يكون في استئجار الدواب وقد يكون في استئجار الصناع كالحائك والصباغ والخياط خلا المكان

---

(١) بدائع الصنائع، ١٧٦/٤

أما استئجار الدواب فالمعتبر في الخلاف فيه في الجنس والقدر والصفة في استئجار الدواب ضرر الدابة فإن كان الخلاف فيه في الجنس ينظر إن كان ضرر الدابة فيه بالخفة والثقل يعتبر الخلاف فيه من جهة الخفة والثقل فإن كان الضرر في الثاني أكثر يضمن كل القيمة إذا عطبت الدابة لأنه يصير غاصبا لكلها وإن كان الضرر في الثاني مثل الضرر في الأول أو أقل لا يضمن عندنا لأن الإذن بالشيء إذن بما هو مثله أو دونه فكان مأذونا بالانتفاع به من هذه الجهة دلالة فلا يضمن وإن كان ضرر الدابة فيه لا من حيث الخفة والثقل بل من وجه آخر لا يعتبر فيه الخلاف من حيث الخفة والثقل وإنما يعتبر من ذلك الوجه لأن ضرر الدابة من ذلك الوجه وإن كان الخلاف في القدر والضرر فيه من حيث الخفة والثقل يعتبر الخلاف في ذلك القدر ويجب الضمان بقدره لأن الغصب يتحقق بذلك القدر وإن كان الضرر فيه من جهة أخرى تعتبر تلك الجهة في الضمان لا الخفة والثقل وإن كان الخلاف في الصفة وضرر الدابة ينشأ منها يعتبر الخلاف فيها ويبني الضمان عليها

وبيان هذه الجملة في مسائل إذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت يضمن قيمتها لأن الحنطة أثقل من الشعير وليس من جنسه فلم يكن مأذونا فيه أصلا فصار غاصبا كل الدابة متعديا عليها فيضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لأن الأجر مع الضمان **لا يجتمعان** لأن وجوب الضمان لصيرورته غاصبا ولا أجرة على الغاصب على أصلنا ولأن المضمونات تملك على أصل أصحابنا وذا يمنع وجوب الأجرة عليه ولو استأجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلا آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها فعطبت لا يضمن

وكذلك من استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا سماه فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالأرض وكذلك إن استأجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة فحمل عليها قفيزا من شعير وكذا إذا استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا آخر ضرره أقل من ضرر المسمى وهذا كله استحسان وهو قول أصحابنا الثلاثة والقياس أن يضمن وهو قول زفر لأن الخلاف قد تحقق فتحقق الغصب

ولنا أن الخلاف إلى مثله أو إلى ما هو دونه في الضرر لا يكون خلافا معنى لأن الثاني إذا كان مثله في الضرر كان الرضا بالأول رضا بالثاني وإذا كان دونه في الضرر فإذا رضي بالأول كان بالثاني أرضى فصار كما لو استأجرها ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره وهما متساويان في الكيل أو ليحمل عليها عشرة فحمل عليها تسعة أنه لا يصير مخالفا كذا هذا

ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها أحد عشرة (((عشر))) فإن سلمت فعليه ما سمى من الأجرة ولا ضمان عليه وإن عطبت ضمن جزأ من أحد عشر جزأ من قيمة الدابة وهو قول عامة العلماء

وقال زفر وابن أبي ليلى يضمن قيمة كل الدابة لأن التلف حصل بالزيادة فكانت الزيادة علة التلف

ولنا أن تلف الدابة حصل بالثقل والثقل بعضه مأذون فيه وبعضه غير مأذون فيه فيقسم التلف أحد عشر

." (١)

"في جميع الطريق ولم يوجد فلا يجب

وأما الخلاف في الزمان فنحو أن يستأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها مدة معلومة فانتفع بها زيادة على المدة فعطبت في يده ضمن لأنه صار غاصبا بالانتفاع بها فيما وراء المدة المذكورة

وأما استئجار الصناع من الحائك والخياط والصباغ ونحوهم فالخلاف إن كان في الجنس بأن دفع ثوبا إلى صباغ ليصبغه لونا فصبغه لونا آخر فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلم الثوب للأجير وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زال (((زاد))) الصبغ فيه إن كان الصبغ مما يزيد

أما خيار التضمين فلفوات غرضه لأن الأغراض تختلف باختلاف الألوان فله أن يضمنه قيمة ثوب أبيض لتفويته عليه منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فكان له أن يضمنه وإن شاء أخذ الثوب لأن الضمان وجب حقا له فله أن يسقط حقه ولا أجر له لأنه لم يأت بما وقع عليه العقد رأسا حيث لم يوف العمل المأذون فيه أصلا فلا يستحق الأجر كالغاصب إذا صبغ الثوب المغصوب ويعطيه ما زاد البصغ (((الصبغ))) فيه إن كان الصبغ مما يزيد كالحمرة والصفرة ونحوهما لأنه عين مال قائم بالثوب فلا سبيل إلى أخذه مجانا بلا عوض فيأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه رعاية للحقين ونظرا من الجانبين كالغاصب

وإن كان الصبغ مما لا يزيد كالسواد على أصل أبي حنيفة فاختار أخذ الثوب لا يعطيه شيئا بل يضمنه نقصان الثوب في قول أبي حنيفة بناء على أن السواد لا قيمة له عنده فلا يزيد بل ينقص وعندهما له قيمة فكان حكمه حكم سائر الألوان

ولو استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لأن الرطبة مع الزرع جنسان مختلفان إذ الرطبة ليست لها نهاية معلومة بخلاف الزرع وكذا الرطبة تضر بالأرض ما لا يضرها الزرع فصار بالاشتغال بزراعة الرطبة غاصبا إياها بل متلفا ولا أجر له لأن الأجر مع الضمان **لا يجتمعان**

وقال هشام عن محمد في رجل أمر إنسانا أن ينقش في فضة اسمه فنقش اسم غيره أنه يضمن الخاتم لأنه فوت الغرض المطلوب من الخاتم وهو الختم به فصار كالتلف (((كالمتلف))) إياه

قال وإذا أمر رجلا أن يخمر (((يحمر))) له بيتا فخضره

قال محمد أعطيه ما زادت الخضرة فيه ولا أجرة له لأنه لم يعمل ما استأجره عليه رأسا فلا يستحق الأجرة ولكن يستحق قيمة الصبغ الذي زاد في البيت لما مر

ولو دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى لأن القباء والقميص مختلفان في الانتفاع فصار مفوتا منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فله أن يضمنه وله أن يأخذه ويعطيه أجر مثله لما قلنا

---

(١) بدائع الصنائع، ٢١٣/٤

وإذا كان الخلاف في الصفة نحو أن دفع إلى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ مسمى فصبغه بصبغ آخر لكنه من جنس ذلك اللون فصاحب (((فلصاحب))) الثوب أن يضمنه قيمته أبيض ويسلم إليه الثوب وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى

أما ثبوت الخيار فلما ذكرنا من الخلاف في الجنس وإنما وجب الأجر ههنا لأن الخلاف في الصفة لا يخرج العمل من أن يكون معقودا عليه فقد أتى بأصل المعقود عليه إلا أنه لم يأت بوصفه فمن حيث إنه لم يأت بوصفه المأذون فيه لم يجب المسمى

ومن حيث إنه أتى بالأصل وجب أجر المثل ولا يجاوز به المسمى لأن هذا شأن أجر المثل لما نذكر إن شاء الله تعالى

وروى هشام عن محمد فيمن دفع إلى رجل شبها ليضرب له طشتا موصوفا معروفا فضرب له كوزا

قال إن شاء ضمنه مثل شبهه ويصير الكوز للعامل وإن شاء أخذه وأعطاه (((أعطاه))) أجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمى لأن العقد وقع على الضرب والصناعة صفة فقد فعل المعقود عليه بأصله وخالف في وصفه فيثبت للمستعمل الخيار

وعلى هذا إذا دفع إلى حائك غزلا ليحوك له ثوبا صفيقا فحاك له ثوبا رقيقا أو شرط عليه أن يحوك له ثوبا رقيقا فحاكه صفيقا أن صاحب الغزل بالخيار إن شاء ضمنه غزله

وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه مثل أجر عمله لا يجاوز ما سمى

وذكر في الأصل إذا دفع خفه إلى خفاف لينعله فأنعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار إن شاء ضمنه خفه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله في عمله وقيمة النعل لا يجاوز به ما سمى وإن كان ينعل بمثله الخفاف فهو جائز وإن لم يكن جيدا

وأما ثبوت الخيار إذا أنعله بما لا ينعل بمثله الخفاف فلأنه لم يأت بالمأمور به رأسا بل أتى بالمأمور به ابتداء فصار كالغاصب إذا أنعل الخف

." (١)

"مقتضى العقد

وكذا لو شرط في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل لأن شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وأنه شرط فاسد

ولو سلم رأس المال إلى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة جاز لأن الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد لا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح

---

(١) بدائع الصنائع، ٢١٦/٤

المضاربة حتى إن الأب أو الوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة لأن يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم

وكذلك أحد شريكي المفاوضة أو العنان إذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لأن لشريكه فيه ملكا فيمنع التسليم

فأما العاقد إذا لم يكن مالكا للمال فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب فإن كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة لم تفسد المضاربة كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا أن يعملا مع المضارب بجزء من الربح لأنهما لو أخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما جاز فكذا إذا شرطا عملهما مع المضارب وصار كالأجنبي

وإن كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كالمأذون إذا دفع مالا مضاربة وشرط عمله مع المضارب لأن المأذون وإن لم يكن مالكا رقبة المال فيد التصرف ثابتة له عليه فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعا من التسليم والقبض فيمنع صحة المضاربة

وإن شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لأن المولى هو المالك للمال حقيقة فإذا حصل المال في يده فقد وجد يد المالك فيمنع التسليم وإن كان عليه دين فالمضاربة جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله لأن المولى لا يملك هذا المال فصار كالأجنبي

وأما المكاتب إذا شرط عمل مولاه لم تفسد المضاربة لأن المولى لا يملك أكساب مكاتبه وهو فيها كالأجنبي

ولو دفع إلى إنسان مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الأول إلى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال فالمضاربة فاسدة لأن اليد للمضارب والملك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم

وقد قالوا في المضارب إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الأولى على حالها جائزة والربح بين رب المال وبين المضارب على ما شرطا في المضاربة الأولى ولا أجر لرب المال

أما فساد المضاربة الثانية فلأن يد رب المال يد ملك ويد الملك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية وبقيت المضاربة الأولى على حالها ولم يذكر القدوري رحمه الله في شرحه مختصر الكرخي خلافا وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن هذا مذهب أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله تنفسخ المضاربة الأولى بدفع المال إلى رب المال والرد عليه

وجه قوله أن زوال يد رب المال شرط صحة المضاربة فكانت إعادة يده إليه مفسدة لها

ولنا أن رب المال يصير معينا للمضارب والإعانة لا توجب إخراج المال عن يده فيبقى العقد الأول ولا أجر لرب المال لأنه عمل في ملك نفسه فلا يستحق الأجر وأما الذي يرجع إلى الربح فأنواع منها إعلام مقدار الربح لأن المعقود عليه هو الربح وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ولو دفع إليه ألف درهم عن أنهما يشتركان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لأن الشركة تقتضي المساواة قال الله تعالى عز شأنه ﴿ فهم شركاء في الثلث ﴾ ولو قال على أن للمضارب شركا في الربح جاز في قول أبي يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة

وجه قول محمد أن الشركة هي النصيب

قال الله تعالى ﴿ أم لهم شرك في السماوات (((السموات))) ﴾ أي نصيب

وقال تعالى ﴿ وما لهم فيهما من شرك ﴾ أي نصيب فقد جعل له نصيبا من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولا

وجه قول أبي يوسف أن الشرك بمعنى الشركة يقال شركته في هذا الأمر أشركه شركة وشركا قال القائل وشاركنا قريشا في بقاها وفي أحسابها شرك العنان ويذكر بمعنى النصيب أيضا لكن في الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها ومنها أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزءا شائعا نصفا أو ثلثا أو ربعا فإن شرطا عددا مقدرا بأن

". (١)

"بدار الحرب بعد ردته فباع واشترى هناك ثم رجع مسلما فجميع ما اشترى وبا ع في دار الحرب يكون له ولا ضمان عليه في شيء من ذلك لأنه لما لحق بدار الحرب صار كالحربي إذا استولى على مال إنسان ولحق بدار الحرب أنه يملكه فكذا المرتد

وأما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء في قولهم جميعا سواء كان المال لها أو كانت مضاربة لأن ردتها لا تؤثر في ملكها إلا أن تموت فتبطل المضاربة كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها لما ذكرنا أن ذلك بمنزلة الموت

وتبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئا في قول أصحابنا لأنه تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة

وكذلك لو استهلكه المضارب أو أنفقه أو دفعه إلى غيره فاستهلكه لما قلنا حتى لا يملك أن يشتري به شيئا للمضاربة فإن أخذ مثله من الذي استهلكه كان له أن يشتري به على المضاربة

كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأنه أخذ عوض رأس المال فكان أخذ عوضه بمنزلة أخذ ثمنه فيكون على المضاربة

وروى ابن رستم عن محمد أنه لو أقرضها المضارب رجلا فإن رجع إليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لأنه وإن تعدى يضمن لكن زال التعدي فيزول الضمان المتعلق به وإن أخذ مثلها لم يرجع في المضاربة لأن الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان **لا يجتمعان** ولهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في الاستهلاك

هذا إذا هلك مال المضاربة قبل أن يشتري المضارب شيئا فإن هلك بعد الشراء بأن كان مال المضاربة ألفا فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الألف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة ويرجع على رب المال بالألف فيسلمها إلى البائع وكذلك إن هلكت الثانية التي قبض يرجع بمثلها على رب المال

---

(١) بدائع الصنائع، ٨٥/٦

وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبدا حتى يسلم إلى البائع ويكون ما دفعه أولا رب المال وما غرم كله من رأس المال وإنما كان كذلك لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل

غير أن الفرق بين الوكيل والمضارب أن الوكيل إذا هلك الثمن في يده فرجع بمثله إلى الموكل ثم هلك الثاني لم يرجع على الموكل

والمضارب يرجع في كل مرة ووجه الفرق أن الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل لأن المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح فإذا اشترى فقد حصل المقصود فانتهى عقد الوكالة بانتهائه ووجب على الوكيل الثمن للبائع فإذا هلك في يده قبل أن ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فإذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شيء آخر

فأما المضاربة فإنها لا تنتهي بالشراء لأن المقصود منها الربح ولا يحصل إلا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى فإذا بقي العقد فكان له أن يرجع ثانيا وثالثا وما غرم رب المال مع الأول يصير كله رأس المال لأنه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يصر ما غرم رب المال من رأس المال ويهلك مجانا يتضرر به رب المال لأنه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز

ولو قبض المضارب الألف الأولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الألفان قبل أن ينقدها البائع فإنه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويغرم المضارب من ماله خمسمائة وهي حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب خاصة وثلاثة أرباعها على المضاربة ورأس المال في هذه الثلاثة الأرباع ألفان وخمسمائة وإنما كان كذلك لأنه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها أرباعا ربعها للمضارب وثلاثة أرباعها لرب المال لأنه اشتراها بعدما ظهر ملك المضارب في الربح لأنه اشتراها بألفين ورأس المال ألف فحصة رب المال من الربح خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فما اشتراه لرب المال رجع عليه وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه وإنما خرج ربع (((ربح))) الجارية من المضاربة لأن القاضي لما ألزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين إلا بالقيمة فخرج الربح من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة فصار ذلك زيادة في رأس المال فصار رأس المال ألفين وخمسمائة

فإن بيعت هذه الجارية بأربعة آلاف منها للمضارب ألف لأن ذلك حصته من الربح فكان ملكه وبقي ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة رأس ماله يبقى ربح خمسمائة

" (١).

"المشتري لأن كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض فإن ضمن المرتهن جاز البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهنا لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لأنه بدل ملكه والضمان يكون رهنا لأنه بدل المرهون فيكون مرهونا

---

(١) بدائع الصنائع، ٦/١١٣

وقيل إنما يجوز البيع بتضمين المرتهن إذا سلم الرهن إلى المشتري أولا ثم باعه منه فأما إذا باعه ثم سلمه فإنه لا يجوز لأن سبب ثبوت الملك هو التسليم لأنه سبب وجوب الضمان وملك المضمون بملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما إذا با ع مال غيره بغير إذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز بيعه كذا هذا وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل

ولو ضمن المشتري بطل البيع لأن بتضمين المشتري لم يتبين أن المرتهن با ع مال نفسه والضمان يكون رهنا لأنه بدل المرهون ويرجع المشتري على البائع بالثمن لأن البيع لم يصح وليس له أن يرجع بالضمان عليه وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير إذن الراهن لأن الهبة والتصدق تمليك العين والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع فإن فعل وقف على إجازة الراهن إن أجاز جاز وبطل الرهن وإن رد عاد رهنا كما كان

ولو هلك في يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الإجازة فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن وإن شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه

أما المرتهن فلا شك فيه لأنه ملك المرهون بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه

وأما الموهوب له والمتصدق عليه فلأن الرجوع بالضمان بحكم الضرر وأنه لا يتحقق في الهبة والصدقة بخلاف البيع والإجارة وليس له أن يؤاجره من غير الراهن بغير إذنه لأن الإجارة تمليك المنفعة والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يمكلها (((يملكها))) من غيره فإن فعل وقف على إجازة الراهن فإن أجاز جاز وبطل الرهن لما ذكرنا فيما تقدم وكانت الأجرة للراهن ولا تكون رهنا لما مر وولاية قبضها للمرتهن لأن القبض من حقوق العقد والعاقد هو المرتهن ولا يعود رهنا إذا انقضت مدة الإجارة لأن العقد قد بطل فلا يعود إلا بالاستئناف وإن رد بطل وأعاده رهنا كما كان

ولو أجره بغير إذن الراهن وسلمه إلى المستأجر فهلك في يده فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم إلى المستأجر وإن شاء ضمن المستأجر لوجوب (((لوجود))) سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير أنه إن ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستأجر لكنه يرجع عليه بأجرة قدر المستوفى من المنافع إلى وقت الهلاك لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه فصح وكانت الأجرة له لأنها بدل منفعة مملوكة له إلا أنها لا تطيب له وإن ضمن المستأجر فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لأنه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا أجرة عليه لأن الأجرة والضمان **لا يجتمعان**

ولو سلم واسترده المرتهن عاد رهنا كما كان لأنه لما استرده فقد عاد إلى الوفاق بعدما خالف فأشبه المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق والأجر للمرتهن لكن لا يطيب له كالغاصب إذا آجر المغصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير إذنه لما ذكرنا في الإجارة

فإن أعاره وسلمه إلى المستعير فللراهن أن يبطل الإعارة فإن هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن وإن شاء ضمن المستعير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهنا

أماعدم الرجوع على المرتهن فلأنه ملكه بالضمان فتبين أنه أعار ملكه

وأما المستعير فلأن الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الإجارة

وأما كون الضمان رهنا فلأنه بدل المرهون فيكون مرهونا وإن سلم واسترده من المستعير عاد رهنا كما كان لأنه عاد إلى الوفاق فالتحق الخلاف فيه بالعدم

ولو أعاره بإذن الراهن أو بغير إذنه وأجاز جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما نذكر بخلاف الإجارة فإنها تبطل الرهن وقد مر الفرق وليس له أن يرهنه بغير إذن الراهن لأنه لم يرض بحبس غيره فإن فعل فللراهن الأول أن يبطل الرهن الثاني ويعيده إلى يد المرتهن الأول لأن الرهن الثاني لم يصح فلو هلك في يد المرتهن الثاني قبل الإعادة إلى الأول فالراهن الأول بالخيار إن شاء ضمن المرتهن الأول وإن شاء ضمن المرتهن الثاني فإن ضمن المرتهن الأول جاز الرهن الثاني لأنه ملكه المرتهن الأول بالضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه

ولو هلك في يد المرتهن

." (١)

"لأن كل سارق لا يعجز عن إظهار ذلك فيسقط القطع عن نفسه وهذا قبيح فما يؤدي إليه مثله

فصل وأما بيان ما تظهر به السرقة عند القاضي فنقول وبالله التوفيق السرقة الموجبة للقطع عند القاضي تظهر بأحد أمرين أحدهما البينة

والثاني الإقرار أما البينة فظهر (((فتظهر))) بها السرقة إذا استجمعت شرائطها لأنها خبر يرجح فيه جنبة الصدق على جنبة الكذب فيظهر المخبر به

وشرائط قبول البينة في باب السرقة بعضها يعم البينات كلها وقد ذكرنا ذلك في كتاب الشهادات وبعضها يخص أبواب الحدود والقصاص وهو الذكورة والعدالة والأصالة فلا تقبل فيها شهادة النساء ولا شهادة الفساق ولا الشهادة على الشهادة لأن في شهادة هؤلاء زيادة شبهة لا ضرورة إلى تحملها فيما يحتال لدفعه ويحتاط لدرئه

وكذا عدم تقادم العهد إلا في حد القذف والقصاص حتى لو شهدوا بالسرقة بعد حين لم تقبل ولا يقطع ويضمن المال

والأصل أن التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة ولا يبطلها على حد القذف ولا يبطل الإقرار أيضا

والفرق ذكرناه في كتاب الحدود وإنما ضمن المال لأن التقادم إنما يمنع من الشهادة على الحدود الخالصة للشبهة والشبهة تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال وبعضها يخص أرباب الأموال والحقوق وهو الخصومة والدعوى ممن له يد صحيحة حتى لو شهدوا أنه سرق من فلان الغائب لم تقبل شهادتهم ما لم يحضر المسروق منه ويخاصم لما ذكرنا أن كون المسروق ملكا لغير السارق شرط لكون الفعل سرقة ولا يظهر ذلك إلا بالخصومة فإذا لم توجد الخصومة لم تقبل شهادتهم ولكن يحبس السارق لأن إخبارهم أورث تهمة ويجوز الحبس بالتهمة لما روي أن رسول الله حبس رجلا بالتهمة وهل يشترط حضور المولى لقبول البينة القائمة على سرقة عبده مال إنسان والعبد يجحد اختلف فيه

---

(١) بدائع الصنائع، ١٤٧/٦

قال أبو حنيفة عليه الرحمة يشترط حتى لو كان مولاه غائبا لم تقبل البينة وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف

وروي عن أبي يوسف رحمه الله رواية أخرى أنه لا يشترط ويقضي عليه بالقطع وإن كان مولاه غائبا

وجه هذه الرواية أن القطع إنما يجب على العبد بالسرقة من حيث إنه آدمي مكلف لا من حيث إنه مال مملوك للمولى

ومن هذا الوجه المولى أجنبي عنه فلا معنى لاشتراط حضرته كما لا تشترط حضرة سائر الأجانب ولهذا لو أقر بالسرقة نفذ إقراره ولا يشترط حضور المولى

كذا هذا

وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن هذه البينة تتضمن إتلاف ملك المولى فلا يقضى بها مع غيبة المولى كالبينة القائمة على ملك شيء من رقبة العبد ولأن من الجائز أنه لو كان حضارا (((حاضرا))) لادعى شبهة مانعة من قبول الشهادة والحدود تدرأ ما أمكن بخلاف الإقرار لأنه بعدما وقع موجبا للحد لا يملك المولى رده بوجه فلم تتمكن فيه شبهة ولا تظهر السرقة بالنكول حتى لو ادعى على رجل سرقة فأنكر فاستحلف (((فاستخلف))) فنكل لا يقضى عليه بالقطع ويقضى بالمال لأن النكول إما أن يجري مجرى البدل والقطع مما لا يحتمل البدل والإباحة والمال مما يحتمل البدل والإباحة وإما أن يجري مجرى إقرار فيه شبهة العدم لكونه إقرارا من طريق السكوت لا صريحا والشبهة تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال

وأما الإقرار فتظهر به السرقة الموجبة للقطع أيضا لأن الإنسان غير متهم في الإقرار على نفسه بالإضرار بنفسه فتظهر به السرقة كما تظهر بالبينة بل (((وبل))) أولى لأن المرء قد يتهم في حق غيره ما لا يتهم في حق نفسه وسواء كان الذي أقر بالسرقة عبدا مأذونا أو محجورا بعد أن كان من أهل وجوب القطع عليه وعند زفر رحمه الله لا يقطع بإقرار العبد من غير تصديق المولى

وجملة الكلام أن العبد إذا أقر بسرقة عشرة دراهم لا يخلو إما إن كان مأذونا أو محجورا والمال قائم أو هالك فإن كان مأذونا يقطع ثم إن كان المال هالكا أو مستهلكا لا ضمان عليه سواء صدقه مولاه في إقراره أو كذبه لأن القطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا

وإن كان المال قائما فهو للمسروق منه

وهذا قول أصحابنا الثلاثة

وقال زفر رحمه الله لا يقطع من غير تصديق المولى والمال للمسروق منه

وجه قوله أن إقرار العبد يتضمن إتلاف مال المولى لأن ما في يد العبد مال مولاه فلا يقبل من غير تصديق المولى

ولنا أن العبد غير متهم في هذا الإقرار لأن المولى إن كان يتضرر به فضرر العبد أعظم فلم يكن متهما في إقراره فيقبل ولأنه لا ملك للمولى في يد العبد في حق القطع كما لا ملك له في نفسه في حق القتل فكان العبد فيه مبقى على أصل الحرية فيقبل إقراره كالحر

وبه

". (١)

"في يد السارق كان للمرتهن أن يقطعه ولا سبيل للراهن عليه لأن المرتهن كان له ولاية القطع قبل الهلاك وهلاك المحل لا يسقط القطع فيثبت الولاية فأما الراهن فلم يبق له حق في المرهون ألا ترى أنه سقط عنه الدين بهلاكه فلا تثبت له ولاية المطالبة

وأما السارق فلا يملك الخصومة لأن يده ليست بمضمونة لأنها ليست بيد ملك ولا يد ضمان ولا يد أمانة فصار الأخذ من يده كالأخذ من الطريق فلم يكن له أن يخاصم الثاني بالقطع ولا للمالك أيضا ولاية المخاصمة لأن أخذ المال من اليد الصحيحة شرط وجوب القطع ولم يوجد فلا يجب القطع فلا تثبت له ولاية المطالبة وهل للسارق الأول أن يطالب الثاني برد المسروق إلى يده قالوا فيه روايتان في رواية له ذلك وفي رواية ليس له ذلك

وجه الرواية الأولى على نحو ما بينا أن المسروق منه لم تكن له يد صحيحة فصار الأخذ منه كالأخذ من الطريق سواء

وجه الرواية الثانية أن من الجائز أن يختار المالك الضمان ويترك القطع فيحتاج إلى أن يسترده من يده فيدفع إليه فيتخلص عن الضمان كما في الغصب ونحوه على ما مر وذكر القدوري عليه الرحمة أنه يجوز أن يقال ما لم يقطع فله ذلك

وأما بعد القطع فليس له ذلك لأن قبل القطع يحتمل اختيار الضمان وبعده لا

قال ويجوز أن يقال له ذلك بعد القطع أيضا لأن الضمان إن لم يجب عليه في القضاء فهو واجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى فيحتاج إلى الاسترداد ليتخلص عن الضمان الواجب عليه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى ولا تظهر السرقة الموجبة للقطع بعلم القاضي سواء استفاده قبل زمان القضاء أو في زمان القضاء لما ذكرنا في كتاب أدب القاضي

والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم السرقة فنقول وبالله التوفيق للسرقة حكمان أحدهما يتعلق بالنفس والآخر يتعلق بالمال

أما الذي يتعلق بالنفس فالقطع لقوله سبحانه وتعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ولما روينا من الأخبار وعليه إجماع الأمة فالكلام في هذا الحكم يقع في مواضع في بيان صفات هذا الحكم

وفي بيان محل إقامته

وفي بيان من يقيمه

وفي بيان ما يسقط بعد ثبوته

وفي بيان حكم السقوط بعد الثبوت أو عدم الثبوت أصلا لمانع من الشبهة

---

(١) بدائع الصنائع، ٨١/٧

أما صفات هذا الحكم فأنواع منها أن يبقى وجوب ضمان المسروق عندنا فلا يجب الضمان والقطع في سرقة واحدة

ولقب المسألة أن الضمان والقطع هل يجتمعان في سرقة واحدة عندنا **لا يجتمعان** حتى لو هلك المسروق في يد السارق بعد القطع أو قبله لا ضمان عليه وعند الشافعي رحمه الله فيقطع ويضمن ما استهلكه

وجه قوله أنه وجد من السارق سبب وجوب القطع والضمان فيجبان جميعا وإنما قلنا ذلك لأنه وجد منه السرقة وأنها سبب لوجوب القطع والضمان لأنها جناية حقين حق الله عز وجل وحق المسروق منه

أما الجناية على حق الله سبحانه وتعالى فهتك حرمة حفظ الله سبحانه وتعالى إذ المال حال غيبة المالك محفوظ بحفظ الله سبحانه وتعالى

وأما الجناية على حق العبد فإتلاف (((فبإتلاف))) ماله فكانت الجناية على حقين فكانت مضمونة بضمانين فيجب ضمان القطع من حيث إنها جناية على حق الله سبحانه وتعالى وضمان المال من حيث إنها جناية على حق العبد كمن شرب خمر الذمي أنه يجب عليه الحد حقا لله تعالى والضمان حقا للعبيد

وكذا قتل الخطأ يوجب الكفارة حقا لله تعالى والدية حقا للعبد كذا هذا والدليل عليه أن المسروق لو كان قائما يجب رده على المالك فدل أنه بقي معصوما حقا للمالك

ولنا الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب العزيز فقوله سبحانه وتعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا ﴾ والاستدلال بالآية من وجهين أحدهما أن الله سبحانه وتعالى سمى القطع جزاء والجزاء يبنى على الكفاية فلو ضم إليه الضمان لم يكن القطع كافيا فلم يكن جزاء تعالى الله سبحانه عز شأنه عن الخلف في الخبر

والثاني أنه جعل القطع كل الجزاء لأنه عز شأنه ذكره ولم يذكر غيره فلو أوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء فيكون نسخا لنص الكتاب العزيز

وأما السنة فما روي عن سيدنا عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن رسول الله قال إذا قطع السارق فلا غرم عليه والغرم في اللغة ما يلزم أداؤه

وهذا نص في الباب

وأما المعقول فمن وجهين أحدهما بناء والآخر ابتداء أما وجه البناء فهو أن المضمونات عندنا تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ فلو ضمنا السارق

---

(١) ".

"لأنه سبب لثبوت الملك في العين قبل الهلاك فكان في معنى التجارة وكذلك عقر الجارية المستحقة بأن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت لأن الواجب وإن كان قيمة منافع البضع لكن منافع البضع لا تتقوم إلا بالعقد فتلحق بالواجب بالعقد فكان في حكم ضمان التجارة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ومنها النكاح بإذن المولى لأنه لم يشرع بدون المهر

---

(١) بدائع الصنائع، ٨٤/٧

فصل وأما بيان سبب ظهور الدين فسبب ظهوره شيئان أحدهما إقراره بالدين وبكل ما هو سبب لتعلق الدين بمحل يستوفى منه وهو ما ذكرنا لأن إظهار ذلك بالإقرار من ضرورات التجارة على ما بينا فيملكه المأذون

والثاني قيام البينة على ذلك عند الإنكار لأن البينة حجة مظهرة للحق ولا ينتظر حضور المولى بل يقضي عليه

ولو كان محجورا فقامت البينة عليه بالغصب لم يقض عليه حتى يحضر المولى

ووجه الفرق أن الشهادة في المأذون قامت عليه لا على المولى لأن يد التصرف له لا للمولى فيملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة عليه لا على المولى فلا معنى لشرط حضور المولى بخلاف المحجور لأنه لا يد له فلا يملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة على المولى فشرط حضوره لئلا يكون قضاء على الغائب

ولو ادعى على العبد المحجور وديعة مستهلكة أو بضاعة أو شيئا كان أصله أمانة لا يقضى بها للحال عند أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله يقضى بها للحال بناء على أن العبد لا يؤاخذ بضمان وديعة مستهلكة للحال عندهما وإنما يؤاخذ به بعد العتاق فيتوقف القضاء بالضمان إليه وعنده يؤخذ (((يؤاخذ))) به للحال فلا يتوقف والله سبحانه وتعالى أعلم

وكذلك لو أقامت البينة على إقرار المأذون بذلك قضي عليه ولا يشترط حضور المولى

ولو قامت البينة على إقرار المحجور بالغصب لم يقض عليه وإن كان المولى حاضرا لأن المحجور لو أقر بذلك لما نفذ على مولاه للحال

كذا إذا قامت البينة على إقراره بخلاف المأذون

ولو قامت البينة على العبد المأذون أو المحجور على سبب قصاص أو حد من القتل والقذف والزنا والشرب لم يقض بها حتى يحضر المولى عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقضى بها وإن كان غائبا وأجمعوا على أنه لو أقر بالحدود والقصاص فإنها تقام من غير حضرة المولى

وجه قول أبي يوسف أن العبد أجنبي عن المولى فيما يرجع إلى الحدود والقصاص ألا ترى أنه يصح إقراره بهما من غير تصديق المولى ولا يصح إقرار المولى من غير تصديقه فكانت هذه شهادة قائمة عليه لا على المولى فلا يشترط حضوره ولهذا لم يشترط حضرة المولى في الإقرار

وجه قولهما أن العبد بجميع أجزائه مال المولى وإقامة الحدود والقصاص إتلاف ماله عليه فيصان حقه عن الإتلاف ما أمكن وفي شرط الحضور صيانة حقه عن الإتلاف بقدر الإمكان لأنه لو كان حاضرا عسى يدعي شبهة مانعة من الإقامة وحق المسلم تجب صيانته عن البطلان ما أمكن

ومثل هذه الشبهة مما لا يتعد (((يعد))) في الإقرار بعد صحته لذلك افترقا

وكذلك إذا قامت البينة على عبد أنه سرق عشرة دراهم وهو يجحد ذلك أنه لو كان المولى حاضرا تقطع (((يقطع))) ولا يضمن السرقة مأذونا كان أو محجورا بلا خلاف لأن القطع مع الضمان **لا يجتمعان** وإن كان غائبا فإذا

كان العبد مأذونا يضمن السرقة ولا يقطع لأن غيبة المولى لا تمنع القضاء بالضمان في حق المأذون ومتى وجب الضمان امتنع القطع لأنهما **لا يجتمعان**

وعلى قياس أبي يوسف هذا والفصل الأول سواء يقطع ولا يضمن السرقة ولأن حضرة المولى عنده ليس بشرط للقضاء بالقطع والقطع يمنع الضمان

وإن كان محجورا لا تسمع البينة على السرقة فلا يقضى عليه بقطع ولا ضمان عندهما

أما القطع فلأن حضرة المولى شرط ولم يوجد وأما الضمان فلأن غيبة المولى تمنع القضاء بالضمان في حق المحجور وعنده يقطع ولا يضمن لما قلنا

ولو قامت البينة على سرقة ما دون النصاب فإن كان مأذونا قبلت ولزمه الضمان دون القطع سواء حضر المولى أو غاب لأن سرقة ما دون النصاب لا توجب القطع فبقي دعوى السرقة ودعوى الضمان على المأذون وحضرة المولى ليست بشرط للقضاء بالضمان على المأذون وإن كان محجورا لا تسمع بينته أصلا

أما على القطع فظاهر وأما على المال فلأن حضور المولى شرط القضاء على

". (١)

"والسلام أنه قال في الجائفة ثلث الدية فإن نفذت إلى الجانب الآخر فهما جائفتان وفيهما ثلثا الدية

وقد روي عن سيدنا أبي بكر الصديق أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام ولم ينقل أنه خالفه في ذلك أحد منهم فيكون إجماعا

وعلى هذا يخرج ما إذا رمى امرأة بحجر فأصاب فرجها فأفضاها به بأن جعل موضع البول والغائط واحدا وهي تستمسك البول أن عليه ثلث الدية لأن هذا في معنى الجائفة

وجملة الكلام أن المفضاة لا يخلو إما إن كانت أجنبية وإما إن كانت زوجته

والإفضاء لا يخلو إما أن يكون بالآلة وإما أن يكون بالحجر أو بالخشب أو الأصبع وما يجري مجراه فإن كانت أجنبية والإفضاء بالآلة فإن كانت مطاوعة ولم يوجد دعوى الشبهة لا من الرجل ولا من المرأة فعليهما الحد لوجود الزنا منهما ولا مهر على الرجل لأن العقر مع الحد **لا يجتمعان** ولا أرش لها بالإفضاء سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك لأن التلف تولد من فعل مأذون فيه من قبلها فلا يجب به الضمان كما لو أذنت بقطع يدها فقطعت لا ضمان على القاطع كذا هذا

وإن كان الرجل يدعي الشبهة سقط عنه الحد وعنها أيضا وعلى الزوج العقر لأن الوطء لا يخلو من إيجاب حد أو غرامة ولا أرش لها بالإفضاء لما ذكرنا وإن كانت مستكرهة فإن لم يدع الرجل الشبهة فعليه الحد لوجود الزنا منه ولا حد

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٠٢/٧

عليها لعدم الزنا منها ولا عقر على الرجل لوجوب الحد عليه والحد مع العقر **لا يجتمعان** وعلى الرجل الأرش بالإفضاء لعدم الرضا منها بذلك

ثم إن كانت تستمسك البول ففيه ثلث الدية لأنه جائفة وإن كانت لا تستمسك البول ففيه كمال الدية لوجود إتلاف العضو بتفويت منفعة الحبس وإن كان الرجل يدعي الشبهة سقط الحد عنه للشبهة وعنها أيضا لوجود الإكراه ولها الأرش بالإفضاء لما ذكرنا

ثم إن كانت تستمسك البول فلها ثلث الدية لأنها جائفة وكمال المهر وإن كانت لا تستمسك فلها الدية ولا مهر لها في قولهما

وعند محمد رحمه الله المهر والدية

وجه قوله أن سبب وجوب المهر والدية مختلف لأن المهر يجب بإتلاف المنفعة والدية تجب بإتلاف العضو فلا يدخل أحدهما في الآخر ولهذا لم يدخل المهر في ثلث الدية فيما إذا كانت تستمسك البول حتى وجب عليه كمال المهر مع ثلث الدية

كذا هذا

ولهما أن سبب الوجوب متحد لأن الدية تجب بإتلاف هذا العضو والمقر (((والعقر))) يجب بإتلاف منافع البضع ومنافع البضع ملحقة بأجزاء البضع فكان سبب وجوبهما واحدا فكان المهر عوضا عن جزء من البضع وضمان الجزء والكل إذا وجد السبب واحد يدخل ضمان الجزء في ضمان الكل كالأب إذا استولد جارية ابنه أنه لا يلزمه العقر ويدخل في قيمة الجارية لما قلنا

كذا هذا

وأما وجوب كمال المهر مع ثلث الدية حالة الاستمساك فعلى رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما لا يجمع بينهما بل الأقل يدخل في الأكثر كما يدخل أرش الموضحة في دية الشعر فكانت المسألة ممنوعة

ولئن سلمنا على ظاهر الرواية فلا يلزم لأن المنافي لضمان الجزء هو ضمان كل العين وثلث الدية ضمان الجزء وضمان الجزء لا يمنع ضمان جزء واحد

هذا إذا كان الإفضاء بالآلة فأما إذا كان بغيرها من الحجر ونحوه فالجواب في هذا الفصل في جميع وجوهه كالجواب في الفصل الأول في الوفاق والخلاف والجمع بين الضمانين وعدم الجمع إلا أن الأرش في هذا الفصل يجب في ماله وفي الفصل الأول تتحمله العاقلة لأن الإفضاء بالآلة يكون في معنى الخطأ وبغيرها يكون عمدا

وقال بعض مشايخنا لا وجه لإيجاب المهر في هذا الفصل لأن وجوبه متعلق بقضاء الشهوة ولم يوجد وقال بعضهم يجب ويلحق غير الآلة بالآلة تعظيما لأمر الإبضاع كما ألحق الإيلاج بدون الإنزال بالإيلاج مع الإنزال في وجوب الحد وغيره من الأحكام مع قيام شبهة القصور في قضاء الشهوة تفخيما لشأن الفروج

والله سبحانه وتعالى أعلم

هذا إذا كانت المرأة أجنبية فأما إذا كانت زوجته فأفضاها فلا شيء عليه سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك في قولهما

وقال أبو يوسف إن كانت لا تستمسك البول فعليه الدية في ماله وإن كانت تستمسك فعليه ثلث الدية في ماله

وجه قوله أنه مأذون في الوطء لا في الإفضاء فكان متعديا في الإفضاء فكان مضمونا عليه

ولهما أن الوطء مأذون فيه شرعا فالمتولد منه لا يكون

". (١)

"لا يصح وقيل ينعقد لأنه ثبت به ملك الرقبة والمنقول عن أبي حنيفة أن كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح والسلم في الحيوان ينعقد حتى لو اتصل به القبض ينعقد الملك فاسدا لكن ليس كل ما يفسد المعنى الحقيقي للفظ يفسد مجازيه لعدم لزوم اشتراك المفسد فيهما وفي لفظ الصرف في شرح الكنز فيه روايتان وفي البدائع قيل لا ينعقد لأنه وضع لإثبات ملك الدراهم والدنانير التي لا تتعين والمعقود عليها هنا يتعين وقيل ينعقد لأنه يثبت به ملك العين في الجملة وظاهر هذا أنهما قولان وكأن منشأهما الروايتان وأما القرض فقيل ينعقد به لثبوت ملك العين به وقيل لا لأنه في معنى الإعارة قيل الأول قياس قولهما والثاني قياس قول أبي يوسف بناء على ثبوت الملك به في العين وعنده لا وأما لفظ الصلح فذكر صاحب الأجناس أنه لا ينعقد به وذكر شمس الأئمة السرخسي في كتاب الصلح ابتداء النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز

القسم الثالث لا ينعقد بالإجارة في الصحيح احترازا عن قول الكرخي وجهه أن الثابت بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك وجه الصحيح على ما ذكروا أنها لا تنعقد إلا مؤقتة والنكاح يشترط فيه نفيه فتضادا فلا يستعار أحدهما للآخر وقد يقال إن كان المتضادان هما العرضان اللذان **لا يجتمعان** في محل واحد لزمكم مثله في البيع لأنه لا يجامع النكاح مع جواز العقد به والتحقيق أن التوقيت ليس جزء مفهوم لفظ الإجارة بل شرط لاعتباره شرعا خارج عنه فهو مجرد تمليك المنافع بعوض غير أنه إذا وقع مجردا لا يعتبر شرعا على مثال الصلاة هي القيام الخ ولو وجدت بلا طهارة لاتعتبر و لا يقال إن الطهارة جزء مفهوم الصلاة ولذا عدل المصنف عن التوجيه بهذا إلى نفي السببية التي هيا العلاقة فإن الإجارة ليست سببا لملك المتعة حتى يتجوز بها عن النكاح ولهذا تبطل بالإعارة وهذا إذا جعلت المرأة مستأجرة أما إذا جعلت بدل الإجارة أو رأس مال السلم كأن يقال استأجرت دارك بابنتي هذه أو أسلمتها إليك في كر حنطة ينبغي أن لا يختلف في جوازه فإنه أضاف إليها بلفظ تملك به الرقاب قال المصنف رحمه الله ولا بلفظ الوصية لأنها توجب الملك مضافا إلى ما بعد الموت وعن الطحاوي ينعقد به ملك الرقبة في الجملة وعن الكرخي إن قيد الوصية بالحال بأن قال أوصيت لك ببتي هذه الآن ينعقد الحال لأنه به صار مجازا عن التمليك اه وينبغي أن لا يختلف في صحته حينئذ والحاصل أنه إذا قيدت بالحال يصح أو بما بعد الموت بأن قال أوصيت لك بابنتي بعد موتي لم يكن نكاحا ولو قال أوصيت

---

(١) بدائع الصنائع، ٣١٩/٧

". (١)

"الآخر ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة بما لا يرجى زواله بأن أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحد للقذف أو وطئت هي وطأ حراما أو خرس أحدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما إذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لأنه يرجى عود الإحصان ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها أو آلى منها صح لبقاء النكاح غير أن وطأها محرم كما ستعلم ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما ثلاثا خطأ نفذ تفريقه عندنا وعند زفر وبقية الإئمة لا ينفذ

قوله بالحديث يشير به إلى حديث المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا فإنه يفيد تعلق عدم الإجتماع باللعان كما هو المعروف من أن ترتيب الحكم على مشتق يفيد أن مبدأ اشتقاقه علة له وسيأتي الكلام على هذا الحديث وقال الشافعي رحمه الله بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما ولا نعلم له في ذلك دليلا مستلزما لوقوع الفرقة بمجرد لعانه قيل وينبغي على هذا أن لا تلاعن المرأة أصلا لأنها ليست زوجة والتمسك بمروي زفر إنما يفيد حرمتها بلعانهما لا بلعان أحدهما وهذا لأن حقيقته حال إشتغالهما باللعان وهو لا يدخل في الوجود جملة بل على

". (٢)

"التعاقب فتعذر إرادتها وأقرب الأوقات إلى حقيقة ما يعقب فراغهما من غير مهلة فاعتبرناه وبه نقول وليس بلازم من حرمتها وقوع الفرقة وما ذكروه من المعنى وهو أنهما لا يأتلفان بعد اللعن فليس بقطعي في ذلك بل ولا ظاهر بل يجوز حدوث الألفة بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة ولو كان ظاهرا لم يقتض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح بإحسان فإنه بثبوت الحرمة فات الإمساك بمعروف فيؤمر بالتسريح بإحسان كما فيما إذا ثبتت الحرمة بالظهار فإنها إذا طالبته أمره القاضي بالتسريح أو التكفير إلا أن الظلم هنا لا ينتهي بكل من الأمرين بل بأمر واحد هو الطلاق فينحصر أمره فيه فإذا امتنع ناب منابه لأنه نصب لدفع الظلم ويدل على هذا ما في الصحيحين عن ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بأمه وما أخرجاه أيضا في حديث عويمر العجلاني لما فرغا من لعانهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها عويمر ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الذي عنى المصنف بقوله يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك الملاعن إلى آخره ولكن الصواب ما علمت أن القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين ورواه أبو داود فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة قال سهل حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم **لا يجتمعان** أبدا قال البيهقي قال الشافعي إن عويمرا حين طلقها ثلاثا كان جاهلا بأن اللعان فرقة فصار كمن شرط الضمان في السلف وهو يلزمه شرط أو لم يشرط وتفريق النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر تفريق حكم لا لفرقة الزوج

(١) شرح فتح القدير، ١٩٦/٣

(٢) شرح فتح القدير، ٢٨٦/٤

وقول الزهري وسهل فكانت سنة المتلاعنين أي الفرقة قال البيهقي والذي يدل على ذلك ما أخرجه أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما في قصة هلال بن أمية ولعانه قال وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ليس عليه قوت ولا سكنى من أجل أنهما يفترقان بغير طلاق ولا متوفي عنها وأجيب بأنه لو وقعت الفرقة بمجرد اللعان لأنكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم تطليقة وقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها إنما هو إنكار طلب ما له منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله يا رسول الله مالي قال لا مال لك إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها فدل تفريقه صلى الله عليه وسلم على وقوع الطلاق فلا يعارضه قول ابن عباس رضي الله عنهما من أجل أنهما يفترقان بغير طلاق فإنه من قوله وقد يقال ليس هذا مما يكون ترك الإنكار فيه حجة لأنا لم ندع فيه أنه محرم حتى يكون ترك الإنكار فيه حجة علينا إنما ادعينا أنه وقع لغوا فالسكوت عدم الإلتفات إليه ويجاب بأنه يستلزم مفسدة حينئذ لأن السكوت يفيد تقريره وأنه الواقع فلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضيا إلى المفاسد لأنه يفيد تقرير وقوعه الآن فيستلزم فيما لو فرض عدم طلاقه أو تأخيره الطلاق حتى اعترض موت أحدهما أو تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضي حتى ظن حلها فيجامعها قبل تجديد النكاح وتوريث الآخر والواقع أن الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الإفضاء إلى مثل هذا فإن دفع بأن المدة التي يتوهم فيها وقوع الموت يسيره جدا إذ الفرض أن بمجرد الفراغ عندنا يأمره القاضي أن يطلق فإن أبى طلق هو والموت أندر نادر قلنا ولو كان لا يجوز لأنه ترك هو علامة حكم وليس هو مشروعا وأيضا فحديث ابن عمر فإنه قال فيه فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني أمضى ذلك الطلاق وهو حجة على من قال إن الطلاق الثلاث لا يقع أو تقع مرة واحدة ثم هو أولى من حديث ابن عباس لأنه رفع إمضاءه

" (١).

"صلى الله عليه وسلم الطلاق وذلك إنما يكون بمفهوم اعتبار ذلك منه صلى الله عليه وسلم

وقوله وهو خاطب الخ يعني إذا أكذب نفسه بعد اللعان والتفريق وحد أو لم يحد صار خاطبا من الخطبة يحل له تزويجها خلافا لأبي يوسف ولو أكذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا في الغاية ولو أكذب نفسه قبل اللعان نظر فإن لم يطلقها قبل إلا كذاب حد أيضا وإن أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان لأن اللعان أثره التفريق بينهما وهو لا يتأتى بعد البينونة ولا يجب الحد لأن قذفه وقع موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لأن القذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف إكذاب نفسه بعد اللعان لأن حده حينئذ للقذف الذي تضمنه كلمات اللعان لا القذف الأول لأنه أخذ حكمه من اللعان ولذا يحد شهود الزنا إذا رجعوا لتضمن شهادتهم نسبته إلى الزنا وعلى هذا لو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان لأنه قذفها وهي زوجة ثم بانت ولو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية حد وكما تحل له بإكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصا أجنبيا بعده فحدت أو قذف هو أجنبيا فحد أو زنت أو ارتد أحدهما حتى خرج بذلك أحدهما من أن يكون أهلا للشهادة لإرتفاع السبب الذي لأجله افترق المتلاعنان

---

(١) شرح فتح القدير، ٤/٢٨٧

وهو على ما قالوا أنه كي لا يتكرر اللعان بأن يقذفها مرة أخرى وهو لم يشرع بين الزوجين إلا مرة في العمر أو يخلو القذف عن الموجب في الدنيا فبخروج أحدهما عن الأهلية وقع الأمن من ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله إذا افترق المتلاعنان **فلا يجتمعان** أبدا فيثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وبه قالت الأئمة الثلاثة وإذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقا بل فسخا ويلزم على قول أبي يوسف أنه لا يتوقف على تفريق القاضي لأن الحرمة ثابتة قبله اتفاقا وكذا الخلاف في كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظهار أو زالت فإذا فرض أن هذه الحرمة من حيث تثبت تثبت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضي واستدلوا بالحديث المذكور في الكتاب وروى الدار قطني بسنده من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان إذا افترقا **لا يجتمعان** أبدا وقد طعن الشيخ أبو بكر الرازي في ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن قال صاحب التنقيح إسناده جيد ومفهوم شرطه يستلزم أنهما لا يفترقان بمجرد اللعان للمتأمل فهو حجة على الشافعي على مقتضى رأيه وأخرجه الدارقطني أيضا موقوفا عن علي وابن مسعود قالا مضت السنة المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا وروى عبد الرزاق عن عمر

(١) ".

"وابن مسعود المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا ورواه ابن أبي شيبة موقوفا على عمرو ابن عمر وابن مسعود أجاب المصنف بقوله **ولا يجتمعان** ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه يعني أن الحكم في هذه القضية بعدم الإجتماع بشرط وصفية الموضوع فهي القضية المسماه بالمشروطة ولم يبقيا بمجرد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبقى اللعان حقيقة ولا حكما بالإكذاب لنفسه لثبوت النسب إن كان القذف بنفي الولد ولزوم الحد وحكمه عدمه فقد انتفت اللوازم الشرعية وذلك يستلزم انتفاء ملزومها شرعا فينتفي الحكم المذكور وهو عدم حل الإجتماع فثبت نقيضه وهو حل الإجتماع وهذا بناء على أن المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم حكما لما قدمناه من أن إرادتهما بإعتبار قيام التلاعن حقيقة متعذر ولا شك أنه يثبت قيام التلاعن حكما بتقدير أن يراد من وجد بينهما تلاعن في الخارج وعلى هذا التقدير **لا يجتمعان** بعد الإكذاب إذ إرتفاع حكمه وقطع اعتباره قائما شرعا عند الإكذاب لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج ولكن بقي النظر في أي الإحتمالين أرجح وأظن أن الثاني أسرع إلى الفهم والله أعلم وأما ما استدل به من المعنى وهو لزوم العداوة والضغينة بحيث يمتنع حصول الإنتظام فقدمنا منعه وما ذكره بعضهم من أنه سبب تأبد الحرمة كون أحدهما صار ملعونا أو مغضوبا عليه فما أبعده عن الفقه إذ لا شك في بقاء إسلام كل منهما غير أنه صنع كبيرة تصح منها التوبة بفضل ذي الفضل جل جلاله وهذا القدر لا يمنع التناكح

قوله ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه شرط هذا الحكم أن يكون العلوق في حال يجري بينهما اللعان حتى لو علق وهي كافرة أو أمة ثم عتقت وأسلمت فنفي نسب ولدها لا ينتفي ولا تلاعن لأن إنتفاءه إنما يثبت شرعا حكما للعان ولا لعان بينهما ولأن نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا ينقطع والله أعلم وفي الذخيرة لا يشرع

(١) شرح فتح القدير، ٤/٢٨٨

اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصي ومن لا يولد له ولد لأنه لا يلحق به الولد وفيه نظر لأن المجبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار ولا لعان في القذف بنفي الولد في نكاح فاسد وعند الشافعي وأحمد يجب اللعان به وكذا في نفيه من وطء بشبهة وعند أبي يوسف فيهما الحد واللعان لأنه يلحقهما بالنكاح الصحيح وفي الذخيرة قذفها بنفي ولدها فلم يلتعنا حتى قذفها أجنبي به فحد الأجنبي يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفي بعد ذلك لأنه لما حد قاذفها حكم بكذبه

قوله وصورة اللعان أي في القذف بنفي الولد

قوله لما روى أنه صلى الله عليه وسلم نفى نسب ولد امرأة هلال

---

(١) ".

"لا نقول إنه من مائهما كما يفهم من بعض الروايات لأن الماءين **لا يجتمعان** فى الرحم إلا متعاقبين فإذا فرض أنه خلق من الأول لم يتصور خلقه من الثانى بل أنه يزيد فى الأول فى سمعه قوة وفى بصره وأعضائه وأما التعليل بأنه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا إن الحامل لا تحيض فأما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بأنه فى نفس الأمر من ماء أحدهما ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة وأربعة وخمسة وأكثر وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين لأن القياس ينفى ثبوته من اثنين لكنه ترك لأثر عمر وقال محمد لا يثبت لأكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين ولأبى حنيفة أن سبب ثبوت النسب من أكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق فلو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهما عند أبى حنيفة وعندهما لا يقضى للمرأتين فلا يلحق إلا بأم واحدة ولا فرق بين كون الأنصباء متفاوتة أو متساوية فى الجارية فى دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم أنه ابنه من هذه المرأة هى تصدقه فعند أبى حنيفة يقضى به بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضى به بين الرجلين فقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضى به بينهم وعندهما يقضى به للرجل لا للمرأتين قوله إلا إذا كان أحد الشريكين أبا للآخر استثناء من قوله ومالا يقبلها وعلمت أن النسب يثبت فى حق كل منهما كملا وفى المبسوط أمة بين مسلم وذمى ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الحرية والإسلام فيه مع الملك فإن لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمى لأنه حر والمكاتب والعبد وإن كانا مسلمين لكن بيد الولد تحصيل الإسلام دون الحرية ثم المكاتب لأن له حق ملك والولد على شرف الحرية بأداء المكاتب وإن لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لأنه ليس له لهم ملك ولا شبهة ملك قيل ويجب أن يكون هذا الجواب فى العبد المحجور وهبت له أمة ولا يتعين ذلك بل أن يزوج منها أيضا ولو كانت الدعوة بين ذمى ومرتد فالولد للمرتد لأنه أقرب إلى الاسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر قوله وكانت الأمة أم ولد لهما لصحة دعوة كل منهما فى نصيب الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئا لأنه لم ينتقل

---

(١) شرح فتح القدير، ٤/٢٨٩

(١) ".

"عندهما وعند أبي يوسف لا يقطع ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لايقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الأخذ فصار كما لو ملكه إياه بالهبة بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك وليس للمالك تضمين كل القيمة فانتفى وجه ابي يوسف في عدم القطع في اليسير وأعلم أن الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه ما تمت السرقه الا بما ملكة بالضمان وقد حده التمرتاشي بأن ينقص أكثر من نصف القيمة وأما الخرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش والا فيسير ولا بد ان يكون المعنى فصاعدا مالم ينته الى ما به يصير إتلافا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة ذكره التمرتاشي وأورد في الكافي على القطع مع إيجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير ان فيه جمعا بين القطع والضمان وأجاب فقال انما **لا يجتمعان** كي لايؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لايؤدي اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فإنه فعل غير السرقه مع انه لايجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي ان لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال في الفوائد الخبازية وفي الصحيح لا يضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الامهات انه يقطع ويضمن النقصان والنقص بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هناك بعد السرقة بأن سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما اذا نقص قبل تمام السرقة فإن وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة ثم اذا اخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم نضمنه اياه الا يرى الى قول الامام قاضيخان فإن كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان اما القطع فلأنه أخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقه وأما ضمان النقصان فلوجود

(٢) ".

"بها من تفريق اتصال الجسم بالجراحات حقا للعبد كما تسقط عصمة المال ولذا تبطل الجراحات إذا قتل فقتل حد لأن الحد والضمان **لا يجتمعان** قوله وإن اخذ بعد ما تاب سقط الحد عنه بلا خلاف بالنص قال تعالى ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ﴾ فإن كان قد قتل فإن شاء الأولياء قتلوه وإن شاءوا عفوا عنه لأن هذا القتل قصاص فصح العفو عنه والصلح به وحينئذ لا بد ان يكون قتل بحديد ونحوه لأن القصاص لا يجب إلا به ونحوه عند ابي حنيفة وكذا إذا

(١) شرح فتح القدير، ٥/٥٤

(٢) شرح فتح القدير، ٥/٤١٩

كان أخذ مالا ثم تاب فإن صاحبه إن شاء تركه وإن شاء ضمنه إن كان هالكا ويأخذه إن كان قائما لأنه لا يقطع بعد التوبة لسقوط الحد فظهر حق العبد في ماله كما في النفس وفي المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لتنقطع به خصومة صاحبه ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود لا تسقط بالتوبة وقيل يسقط اشار إليه محمد

". (١)

"ويحيى بن عنبسة مضعف إلى غاية حتى نسب إلى الوضع وإلى الكذب على أبي حنيفة وإنما رواه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم فجاء يحيى وصله نعم إنما روي عن التابعين مثل النخعي والشعبي وعكرمة كما ذكرناه ورواه ابن أبي شيبة عن الشعبي حدثنا إبراهيم بن المغيرة ختن لعبد الله بن المبارك عن حمزة السلولي عن الشعبي قال لا يجتمع عشر وخراج في أرض وقال حدثنا أبو نميلة حدثنا يحي بن واضح عن أبي المنيب عن عكرمة قال لا يجتمع عشر وخراج في مال وحاصل هذا كما ترى ليس إلا نقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعوه فيكون حديثا مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهبا لجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال وأما قوله ولأن أحدا من الأئمة إلى آخره فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع في الأخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم وعدم الأخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع إلى المالك فلم يتعين قول صحابي بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم على أن فعل عمر بن عبد العزيز يقتضي أن ليس عمر رضي الله عنه على منع الجمع الجميع لأنه كان متبعا له مقتفيا لآثاره وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه في جواب السائل في مسألة خمس الجزية والخراج إذا رجعت إليه يفيدك ذلك ثم المصنف منع تعدد السبب وجعل السبب فيهما معا الأرض ولا مانع أن يتعلق بالسبب الواحد وهو الأرض هنا وظيفتان مع أن العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر فإنه يقتضي أن يؤخذ مع الخراج إن كان ولأن تعدد الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده وسبب كل من الخراج والعشر الأرض النامية إلا أنه يعتبر النماء في العشر تحقيقا لأنه اسم إضافي فما لم يتحقق خارج لا يتحقق عشره وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان إليها فيقال خراج الأرض وعشر الأرض والإضافة دليل السببية وكون الأرض مع النماء التقديري غير الأرض مع التحقيقي مخالفة اعتبارية لا حقيقية فالأرض النامية هي السبب وإذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكاة التجارة والسائمة فإن السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب وأما قوله ولأن الخراج يجب في الأرض إذا فتحت عنوة وقهرا والعشر في الأرض إذا أسلم أهلها عليها ولازم الأول الكره ولازم الثاني الطوع وهما متنافيان **فلا يجتمعان** فمعلوم أن بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة وهو ما إذا أقر أهلها عليها وكذا بعض صور العشر وهو ما إذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين كما أن بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر بل للصلح أو بأن أحياها وسقاها بماء الأنهار الصغار أو كانت قريبة من أرض الخراج على الخلاف ومع ذلك فالذي يغلب على الظن أن الراشدين من عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم أجمعين لم يأخذوا عشرا

---

(١) شرح فتح القدير، ٥/٤٢٨

من أرض الخراج وإلا لنقل كما نقل تفاصيل أخذهم الخراج بهذا تقتضي العادة وكونهم فوضوا الدفع إلى الملاك في غاية البعد أرأيت إذا كان العشر وظيفة في الأرض التي وظف فيها فيها الخراج على أهل الكفر هل يقرب أن يتولوا أخذ وظيفة ويكلوا الأخرى إليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤمنون على أدائه من طيب أنفسهم وإذا كان الظن عدم أخذ الثلاثة صح دليلا بفعل الصحابة خصوصا الخلفاء الراشدين ويكون إجماعا

". (١)

"للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالإجماع لكن لا ينبغي أن يتخذه في داره إلا إن خاف لصوصا أو أعداء للحديث الصحيح من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان وجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت وأخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن أبي مسعود الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم زجر عن ثمن الكلب ولأنه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برفعته **فلا يجتمعان** وعارضه المصنف بوجهين أحدهما أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية وهو غريب بهذا اللفظ نعم أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب إلا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقد روي أيضا عن جابر مرفوعا ولا يصح إسناده والأحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى أبو حنيفة في سنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد وهذا سند جيد فإن الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصا والمخصص بيان للمراد بالعام فيجوز وإن كان دونه في القوة عندهم حتى أجازوا تخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعلل ويخرج من العام مرة أخرى وتعليل إخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى إذ لا يظهر موجب

". (٢)

"والثاني أرفق إحياء لحقوق الناس وفي الذخيرة كثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية وبه أخذ الفقيه أبو الليث وذكره محمد في السير الكبير وعن محمد تجوز الشهادة كيفما كان حتى روي أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية أخرى تقبل وقال الإمام السرخسي وغيره يجب أن تجوز على قولهما خلافا لأبي حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصومة

---

(١) شرح فتح القدير، ٤٢/٦

(٢) شرح فتح القدير، ١١٩/٧

يجوز عندهما بلا رضا الخصم وعنده لا إلا برضاه وإلا قطع صرح به عنهما فقال وقال أبو يوسف ومحمد تقبل وإن كانوا في المصر

فروع خرس الأصلان أو عميا أو جنا أو ارتدا والعياذ بالله تعالى أو فسقا لم تجز شهادة الفروع وتجوز شهادة الابن على شهادة الأب دون قضائه في رواية والصحيح الجواز فيهما ولو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره صح وتقبل الشهادة في النسب وكتاب القاضي إلى القاضي وفي الأصل لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد أحدهما على شهادة نفسه في ذلك الحق فهو باطل لأن شهادة الأصل الحاضر على شهادة الأصل الغائب غير مقبولة لأنها لو قبلت ثبت بشهادة الأصل الحاضر ثلاثة أرباع الحق نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته مع آخر على شهادة الأصل الغائب ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق كذا ذكره الإمام السرخسي ولم يزد في شرح الشافي على تعليله بأن شهادته بشهادة نفسه أصل وشهادته على غيره بدل **ولا يجتمعان** بخلاف مالو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر يصح ولو شهدا على شهادة رجلين بشيء ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الأصلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهي عند عامة المشايخ وقال بعضهم لا يصح والأظهر الأول وتقبل الشهادة على الشهادة وإن كثروا سمعا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب حاكم غيره لهما أن يشهدا أن القاضي قضى عليه وإن كانا سمعا من القاضي في المصر أو سواده في رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الأقيس وعن أبي يوسف لا يجوز إن سمعاه في غير مجلس القاضي وهذا أحوط قوله فإن عدل شهود الأصل الخ شهود الأصل منصوب مفعولا وشهود الفرع فاعل والحاصل أنه إذا شهد الفرعان فإن علم القاضي عدالة كل من الفروع والأصول قضى بموجب الشهادة وإن لم يعلم عدالة الأصول وعلم عدالة الفروع سأل الفروع عن عدالة الأصول فإن عدلوهم جاز لأنهم من أهل التزكية فتقبل وكذا لو شهدا اثنان فعدل أحدهما وهو معلوم العدالة للقاضي الآخر جاز خلافا لقول بعض المشايخ إنه لا يجوز لأنه متهم

". (١)

"فرجها فاذا انقضت عدتها من الأول تزوجها الآخر ان اراد ذلك وتابعته المرأة عليه وقال اهل المدينة مثل قول ابي حنيفة إلا في حضلة واحدة قالوا **لا يجتمعان** ابدا بنكاح مستقبل

قال محمد وكيف قلتم هذا قالوا بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال **لا يجتمعان** ابدا قيل لهم وقد قال هذا عمر." (٢)

"وقالوا ان الذهب والفضة كالمشمش والزبيب والشاة والعنز يضمان لانهما اثمان الاشياء الا ابا يوسف ومحمد فانهما قالا كلما ضحا يزكي منهما على تكامل الاجزاء وقال ابو حنيفة بخلافه وذلك لو ان رجلا له مائة وخمسون درهما وديناران يساويان خمسين درهما قال ابو حنيفة فيه الزكاة وقال صاحباه لا زكاة فيه لانه ثلاثة ارباع نصاب الفضة وعشر نصاب

(١) شرح فتح القدير، ٤٦٩/٧

(٢) الحجة على أهل المدينة محمد بن الحسن الشيباني ١٨٦/٣

الذهب فلا زكاة فيه حتى تكون خمسة دنانير على تكامل الاجزاء بوجه القيمة التي كانت لها في اليوم الذي وضع فيه الزكاة على كل دينار بعشرة دراهم

وفي قول زفر اذا حال الحول على مائة درهم وعشرة دنانير يزكى من كل منهما على حدة

الخلو عن الدين

والثالث من اسباب وجوب الزكاة الذي هو في المال خلوه عن الدين

المال الحاضر والغائب

واعلم ان المال على وجهين مال حاضر ومال غائب

فاما الحاضر فعلى ثلاثه اوجه

الاول مثل الحبوب لمنفعة البيت او المماليك للخدمة والدواب للركوب والمنازل للمسكن والاثواب للبس والامتعة للحاجة ونحوها فليس في شيء منها زكاة وان كثرت وعظمت قيمتها

والوجه الثاني مال التجارة ففيه الزكاة وما اشتراه للتجارة من شيء ففي قيمته الزكاة الا ما كان من أرض الخراج والعشر لان الزكاة والعشر **لا يجتمعان** وكذلك الخراج والزكاة **لا يجتمعان** وما استفاد." [١]

"الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو من نفى الولد

ثم يقيم المرأة فتحلف المرأة بالله الذي لا اله الا هو وحده لا شريك له ان زوجها من الكاذبين فيما رماها به من الزنا او من نفى الولد والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا او نفى الولد

فاذا حلف فرق القاضي بينهما والحق الولد بأمه

قال ولو حلفا الكل او حلفا الاكثر وفرق القاضي بينهما وقعت الفرقة وان فرق القاضي بينهما قبل اللعان او كان حلف كل منهما حلفا او حلفين او حلف الرجل ولم تحلف المرأة لم تقع الفرقة بينهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وابي عبد الله وفي قول زفر اذا فرغ كلاهما من اللعان وقعت الفرقة بينهما وان لم يفرق القاضي وفي قول الشافعي اذا فرغ من اللعان وقعت الفرقة بينهما وفي قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد لا تقع الفرقة بينهما حتى يفرق القاضي بينهما فيقول فرقت بينكما

قال وفرقة اللعان طلاق في قول ابي حنيفة واصحابه وابي عبد الله وليس بطلاق في قول الشافعي ومالك

ويجوز ان يكذب الرجل نفسه ويحد

والثاني ان يقذف احدا ويحد

---

(١) النتف في الفتاوى للسغدي السُغْدي ١٦٩/١

والثالث ان يقذف المرأة احد فتحد فعند ذلك يجوز الاجتماع بينهما في قولها لان احدهما قد خرج من حد الشهادة وفي قول ابي يوسف وابي عبد الله والشافعي لا يجوز بينهما على حال لقوله عليه السلام المتلاعنان **لا يجتمعان** ابدا." (١)

"لانه قد أفسد عليه عبدا والعتق والتدبير عندهما سواء **لا يجتمعان** في نفس واحد

كتاب المكاتب

والرجل اذا أراد أن يكاتب عبده فأن رأى فيه خيرا كاتب لقوله تعالى ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا﴾ النور ٢٢

وفسر الخير بخمسة من الصفات

١ – فقال بعضهم الخير المال

٢ – وقال بعضهم الخير الوفاء

٣ – وقال بعضهم الخير الصدق

٤ – وقال بعضهم الخير الصلاح

٥ – وقال بعضهم الخير الحرمة

وان لم ير فيه خيرا فلا يكاتبه

انواع الكتابة من حيث الأجل

والكتابة علي وجهين معجل ومؤجل

فالمعجل ان يقول الرجل لعبده كاتبتك على الف درهم عاجلا فان أداه عاجلا عتق والا لم يعتق وعند الشافعي لا يجوز المعجل." (٢)

"لفظه فإن الحالف يعاهد الله تعالى كالناذر ثم شرط حنثه أن لا يصوم جميع الشهر فسواء أفطر فيه يوما، أو أكثر فقد وجد شرط الحنث والحاصل أنه إذا لم ينو شيئا كان كلامه نذرا باعتبار الظاهر والعادة، وإن نوى اليمين كان يمينا نذرا بظاهره، وإن نواهما جميعا كان نذرا ويمينا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف – رحمه الله تعالى – أنهما **لا يجتمعان** في كلمة واحدة ولكنه إن نوى اليمين فهو يمين تلزمه الكفارة بالحنث دون القضاء، وإن نواهما كان نذرا ولم يكن يمينا وجه قوله أن حكم النذر يخالف حكم اليمين **فلا يجتمعان** في كلام واحد كقوله لامرأته أنت علي حرام إن نوى به الطلاق كان طلاقا، وإن نوى به اليمين كان يمينا **ولا يجتمعان**، وإن نواهما وليس هذا نظير قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – في اجتماع معنى الحقيقة والمجاز في كلام واحد في بعض مسائل الأيمان؛ لأن حكم المجاز هناك غير مخالف لحكم الحقيقة فكان بمنزلة لفظ العموم وجه قولهما أن في لفظه كلمتين إحداهما يمين، وهو قوله لله فإن

---

(١) النتف في الفتاوى للسغدي السُّغْدي ١/٣٧٨

(٢) النتف في الفتاوى للسغدي السُّغْدي ١/٤٢١

معناه بالله قال ابن عباس – رضي الله تعالى عنه – دخل آدم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج، وهذا؛ لأن اللام والباء يتعاقبان قال الله تعالى: ﴿آمنتم له﴾ [طه: ٧١] وفي موضع آخر به وقوله علي نذر إلا أن عند الإطلاق غلب عليه معنى النذر باعتبار العادة فحمل عليه فإذا نواهما فقد نوى بكل لفظ ما هو من محتملاته فيعمل بنيته وليس هذا نظير ما يقال أن على قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – لا تجتمع الحقيقة والمجاز في لفظ واحد؛ لأن الحقيقة استعمال اللفظ في موضعه والمجاز استعماله في غير موضعه وإنما ذلك في كلمة واحدة لا في كلمتين

(قال): وإن نذر صوم سنة بعينها أفطر يوم النحر ويوم الفطر وأيام التشريق؛ لأن الصوم في هذا الأيام منهي عنه شرعا، وإلى العبد ولاية الإيجاب بنذره لا رفع المنهي ثم عليه قضاء هذه الأيام عندنا. وقال زفر – رحمه الله تعالى – ليس عليه القضاء، وهو قول الشافعي – رحمه الله تعالى – وأصل المسألة إذا قال لله علي أن أصوم غدا وغدا يوم النحر، أو قال لله علي أن أصوم يوم النحر صح نذره في الوجهين ويؤمر بأن يصوم يوما آخر فإن صام في ذلك اليوم خرج من موجب نذره وعند زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يصح نذره، وهو رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا قال: لله علي صوم يوم النحر لم يصح نذره، وإن قال: غدا وغدا يوم النحر صح نذره وجه قولهما أن الصوم غير مشروع في هذه الأيام، وليس إلى العبد شرع ما ليس بمشروع كالصوم ليلا." (١)

"قتل صيد فعلى كل واحد منهم جزاء كامل عندنا، وقال الشافعي عليهم جزاء واحد لأن من أصله أن المعتبر هو المحل، ولهذا قال الدال الذي لم يتصل فعله بالمحل فلا يلزمه شيء، والمحل هنا واحد فلا يلزمهم إلا جزاء واحد، وقاس بصيد الحرم فإن جماعة من الحلالين إذا اشتركوا في قتل صيد الحرم لا يلزمهم إلا جزاء واحد، وقاس بحقوق العباد أيضا فإن الصيد إذا كان مملوكا لا يجب على الذين قتلوه إلا قيمة واحدة لصاحبه كذلك فيما يجب لحق الله تعالى، وحجتنا ما بينا أن الواجب على المحرم جزاء فعله، وفعل كل واحد من الفاعلين كامل جنى به على إحرام كامل فيجعل في حق كل واحد منهم كأنه ليس معه غيره كما في كفارة القتل، وكما في القصاص الواجب بطريق جزاء الفعل يجعل كل قاتل كالمنفرد به، وبه فارق صيد الحرم لأن وجوب الضمان هناك باعتبار المحل، ويسلك بضمان الصيد مسلك الغرامات، ولهذا لا مدخل للصوم فيه، وفي إباحة الدم روايتان أيضا فالغرامات تكون واجبة بدلا عن المتلف فإذا كان المتلف واحدا لا يجب إلا بدل واحد كالدية فإنها لا تتعدد بتعدد القاتلين فأما هذه الكفارة تجب بطريق جزاء الفعل، والفعل يتعدد بتعدد الفاعلين يوضح الفرق أن المعتبر هنا حرمة الإحرام، وإحرام زيد غير إحرام عمرو، وهناك المعتبر حرمة الحرم، وهي متحدة في حق الفاعلين فأما ضمان حقوق العباد فوجوبه بطريق الجبران، وذلك يتم بإيجاب بدل واحد، وما يجب لحق الله تعالى لا يكون بطريق الجبران لأن الله تعالى عن أن يلحقه نقصان ليكون ما يجب له جبرانا.

وعلى هذا الأصل القارن إذا قتل صيدا فعليه جزاءان عندنا، وعنده جزاء واحد لأن المعتبر عنده اتحاد المحل، وعندنا هو الجناية على الإحرام، والقارن جان على إحرامين، وحقيقة المسألة تبنى على الأصل الذي أشرنا إليه فإن عنده يدخل إحرام

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٩٥/٣

العمرة في إحرام الحج، ولهذا قال يطوف القارن طوافا واحدا فيدخل أحدهما في الآخر، وعندنا لا يدخل أحدهما في الآخر فإن القران ينبئ عن الضم والجمع دون التداخل فصار القارن بقتل الصيد جانيا على إحرامين فيلزمه جزاءان ثم قال الشافعي – رحمه الله تعالى – إحرام العمرة في حكم التبع لإحرام الحج، ولهذا يتحقق الجمع بين النسكين أداء فإن الأصلين **لا يجتمعان** أداء كالحجتين والعمرتين، وإذا كان تبعا لا يظهر مع الأصل كحرمة الحرم مع حرمة الإحرام فإن المحرم إذا قتل صيدا في الحرم لا يلزمه إلا جزاء واحد، وقيل إن حرمة الحرم تبع لحرمة الإحرام فلا يظهر تأثيره مع الإحرام، ولكنا نقول." (١)

"وعليه قضاء الفائت فقط بخلاف الأول، فقد نوى بالإهلال هناك حجة أخرى سوى الموجود

[أهل بعمرة بعد ما فاته الحج]

(قال): وإن أهل بعمرة بعد ما فاته الحج رفضها أيضا ومضى في عمل الفائتة؛ لأنه لما لزمه التحلل عن الأول بعمل العمرة يصير جامعا بين العمرتين من حيث العمل، وذلك لا يجوز فلهذا يرفض التي أهل بها، وقد تعين عليه التحلل عن الأولى بالطواف والسعي فلا يتغير ذلك بفعله

(قال): رجل أهل بحجتين وقدم مكة، وقد فاته الحج قال: يحل بالطواف والسعي وعليه عمرة وحجتان ودم؛ لأنه صار رافضا لإحدى الحجتين ولزمه دم لرفضها وقضاء حجة وعمرة، ثم قد فاتته الأخرى فيتحلل منها بالطواف والسعي وعليه قضاؤها ولا يكون له أن يتحلل منها بعمل عمرتين؛ لأنهما **لا يجتمعان** عملا فكما أخذ في عمل إحداهما صار رافضا للأخرى ولزمه الدم بالرفض

(قال): وإذا ساق هديا للقران فقدم، وقد فاته الحج قال: يصنع بهديه ما شاء؛ لأنه ملكه، وقد أعده لمقصوده، فإذا فاته ذلك المقصود صنع به ما أحب، وكذلك إن لم يفته، ولكنه جامع؛ لأن بالجماع فسد حجه وخرج من أن يكون قارنا، وإنما أعد هذا الهدي للقران، فإذا فاته ذلك صنع به ما شاء فإن كان هديه قد نتج في الطرق، ثم قد فاته الحج أو جامع أو أحصر صنع أيضا بالولد ما شاء؛ لأنه جزء من الأم فكما يصنع بالأم ما شاء فكذلك بالولد، وإن لم يكن شيء من هذه العوارض فعليه أن ينحر الأم والولد جميعا فإن نحر الأم ووهب الولد أو باعه فعليه قيمة الولد، وكذلك إن ولد هذا الولد ولدا فعليه قيمة ذلك الولد أيضا؛ لأن ما ثبت من الحق في الأصل سرى إلى الولد لكونه جزءا من أجزائه، وإن كان قد كفر عن الولد بعد ما وهبه أوباعه، ثم حدث له ولد لم يكن عليه من قبل ولده شيء؛ لأن بأداء الكفارة قد سقط عنه الحق في الولد لله تعالى فلا يلزمه فيما يلد هذا الولد بعد ذلك شيء بخلاف ما قبل التكفير فإن حق الله تعالى في الولد لازم إياه قبل التكفير فيسري إلى ما يتولد منه وهو نظير من أخرج ظبية من الحرم فكفر عنها، ثم ولدت ثم ماتت لم يكن عليها فيها ولا في ولدها شيء، وإن لم يكفر عنها كان عليه فيها، وفي ولدها الكفارة

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٨١/٤

(قال): محرم بالحج قدم مكة وطاف بالبيت، ثم خرج إلى الربذة فأحصر بها، ثم قدم مكة بعد فوات الحج فعليه أن يحل بعمرة ولا يكفيه الطواف الأول؛ لأن ذلك كان طواف التحية، وليس لطواف التحية أثر في التحلل، ولأن التحلل بالطواف يكون في يوم النحر أو بعده، وذلك الطواف كان قبل يوم النحر فلا يكون معتبرا في التحلل، وإن كان." (١)

"أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى القول قول الزوج لأن بضعها مملوك للمولى وينزل المولى فيها منزلة الحرة من نفسها حتى يصح تزويجه إياها وإقراره بالنكاح عليها فكذلك إقراره بالرجعة بمنزلة إقرار الحرة على نفسها به وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول الرجعة تنبني على سبب لا قول للمولى فيه، وهو قيام العدة فإن القول في العدة قولها في البقاء والانقضاء دون المولى فكذلك فيما ينبني عليه توضيحه أن صحة الرجعة حال قيام العدة ولا ملك للمولى عند ذلك في البضع ولا تصرف فكان القول فيه قولها بخلاف التزويج والإقرار به عليها ولو كانت هي التي صدقت الزوج وكذبه المولى لم تثبت الرجعة أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – فلأن بضعها في الحال خالص حق المولى فإن عدتها منقضية؛ فلهذا لا يقبل قولها في ذلك.

(قال) والمعتدة من طلاق رجعي تتشوف وتتزين له لأن الزوجية باقية بينهما، وهو مندوب على أن يراجعها وتشوفها له يرغبه في ذلك فإن كان من شأنه أن لا يراجعها فأحسن ذلك أن يعلمها بدخوله عليها بالتنحنح وخفق النعل كي تتأهب لدخوله لا لأن الدخول عليها بغير الاستئذان حرام ولكن المرأة في بيتها في ثياب مهنتها فربما يقع بصره على فرجها وتقترن به الشهوة فيصير مراجعا لها بغير شهود وذلك مكروه، وإذا صار مراجعا وليس من قصده إمساكها احتاج إلى أن يطلقها وتستأنف العدة فيكون إضرارا بها من حيث تطويل العدة ولهذا قال أكره أن يراها متجردة إذا كان لا يريد رجعتها وإن رآها لم يكن عليه شيء لأن ما فوق الرؤية، وهو الغشيان حلال له.

(قال)، وإذا كانت معتدة من تطليقة بائنة أو فرقة بخلع أو إيلاء أو لعان أو اختيارها أمر نفسها أو بالأمر باليد أو ما أشبه ذلك فلا رجعة له عليها لأن حكم الرجعة عرف بالنص بخلاف القياس والنص ورد بمطلق الطلاق فبقي الطلاق المقيد بصفة البينونة على أصل القياس وهذا لأن كونها مطلقة حكم مطلق الطلاق وهذا لا ينافي ملك النكاح كما بعد الرجعة وكونها مبانة أو مالكة أمر نفسها ينافي ملك النكاح والمتنافيان **لا يجتمعان** فإذا ثبتت البينونة انتفى النكاح ولا رجعة له عليها، وفي الخلع إنما التزمت العوض لتتخلص من الزوج وذلك لا يحصل مع قيام الملك وحق الرجعة.

(قال)، وإذا كان الطلاق بعد الخلوة، وهو يقول لم أدخل بها فلا رجعة له عليها لأنه مقر بالبينونة وسقوط حقه في الرجعة وإقراره على نفسه صحيح ولأن الخلوة إنما جعلت تسليما في حق المهر لدفع الضرر عنها وذلك المعنى." (٢)

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٧٧/٤

(٢) المبسوط للسرخسي السرخسي ٢٥/٦

"لأنه شبه الثانية بالأولى ولأن قصد التشبيه في حكم الظهار وهذا قصد صحيح لما بينا أن تشبيه الشيء بالشيء قد يكون في وجه خاص وكذلك إن قال رجل آخر لامرأته أنت علي مثل امرأة فلان عليه ينوي الظهار كان مظاهرا منها أيضا وإن لم ينو الظهار فهو باطل لأن الكلام محتمل أن يكون التشبيه في حكم الحل والملك أو البر والكرامة والمحتمل لا يكون ملزما شيئا بدون النية.

(قال) وإن ظاهر من امرأته ثم قال لامرأة له أخرى قد أشركتك في ظهار فلانة كان مظاهرا أيضا كما في الطلاق وهذا لأن الإشراك يقتضي التسوية وقد صرح بالظهار فكان ذلك تنصيصا على التسوية بينهما في حكم الظهار وإن قال لامرأته أنت علي كظهر أمي إن شاء الله لم يلزمه شيء لأن الاستثناء إذا اتصل بالكلام يخرجه من أن يكون عزيمة كما في الطلاق والعتاق قال – صلى الله عليه وسلم – «من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حنث عليه» وإن قال إن شاء فلان فالمشيئة إلى فلان في مجلس علمه كما في الطلاق ألا ترى أنه لو علق بمشيئتها ينجز إذا شاءت في مجلس علمها فكذلك إذا علق بمشيئته غيرها.

(قال) وكفارة الظهار على العبد الصوم ما لم يعتق لأنه عاجز عن الإعتاق وعجزه أبين من عجز المعسر فإنه ليس بأهل للملك فيكفر بالصوم وليس لمولاه أن يمنعه من الصوم لما تعلق به من حق المرأة وقد بيناه في كتاب الصوم فإن عتق قبل أن يكفر وملك مالا فكفارته بالعتق لأن التكفير بالصوم كان لضرورة العجز عن التكفير بالمال فإذا زال ذلك لزمه التكفير بالمال كالمتيمم إذا وجد الماء وهذا بناء على أصلنا أن المعتبر في الكفارات حالة الأداء لا حالة الوجوب وفي أحد قولي الشافعي – رضي الله عنه – عنه المعتبر حالة الوجوب بناء على أصله في اعتبار معنى العقوبة فيها كما في الحدود حتى إذا وجب عليه الحد وهو عبد ثم عتق قبل الإقامة يقام عليه حد العبيد لا حد الأحرار بخلاف الكفارة وعندنا المعتبر حالة الأداء إلا أن الصوم بدل عن العتق ومع القدرة على الأصل لا يتأدى الواجب بالبدل وحد العبيد ليس ببدل عن حد الأحرار والمصير إليه ليس للعجز فبدن العبد يحتمل من الضرب فوق ما يحتمله بدن الحر وسنقرر هذا في كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى.

(قال) وإن أعتق عنه مولاه في رقه أو أطعم عنه بأمره لم يجزه لأن الرق مناف للملك فلا يملك المال بتمليك المولى مع قيام المنافي فيه فإن المتنافيين **لا يجتمعان** وبدون ملكه لا يتصور الإعتاق عنه والكفارة الواجبة عليه لا تسقط بملك الغير فلهذا لا يجوز إعتاقه عن كفارته ولا إطعامه المساكين." (١)

"إذا ورث نصف قريبه وإذا قال فلان حر يوم أشتريه، ثم اشتراه ونوى عن ظهاره لا يجزئه؛ لأنه إنما يعتق عند الشراء بقوله حر، ولم يقترن به نية الكفارة، وإن كان عنى بقوله هو حر يوم أشتريه عن ظهاري أجزأه لاقتران نية الكفارة بالإعتاق. (قال): وإن قال إذا اشتريته فهو حر ثم قال إذا اشتريته فهو حر عن ظهاري فاشتراه لا يجزي عن الظهار؛ لأن التعليق الأول

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٦/٢٣٤

قد صح على وجه لا يملك إبطاله، ولا تغييره فإنما يحال بالعتق عند الشراء عليه لأنه ترجح بالسبق، ولم تقترن به نية الكفارة.

(قال): ولا يجزي أن يعتق عن ظهار واحد نصف رقبة، ويصوم شهرا أو يطعم ثلاثين مسكينا لأن نصف الرقبة ليس برقبة، وإكمال الأصل بالبدل غير ممكن فإنهما **لا يجتمعان** فكيف يتحقق إكمال أحدهما بالآخر؟.

(فإن قيل) إن أعتق نصف رقبتين بأن كان بينه وبين شريكه عبدان، (قلنا): لا يجوز أيضا؛ لأن نصف الرقبتين ليس برقبة، والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها بخلاف الأضحية، فإن رجلين لو ذبحا شاتين بينهما عن أضحيتهما جاز؛ لأن الشركة لا تمنع التضحية كما في البدنة

(قال): ولو أعتق عبدا عن ظهارين فله أن يجعله عن أيهما شاء، ويجامع تلك المرأة، وكذلك الصوم، والإطعام، وفي القياس لا يجوز، وهو قول زفر لانعدام نية التعيين ولأنه يصير معتقا عن كل ظهار نصف رقبة إذ ليس إحداهما بأولى من الأخرى فهو كما لو أعتق رقبة عن كفارة القتل، والظهار، ووجه الاستحسان أن نية التعيين في الجنس الواحد لغو غير مفيد، فلا تعتبر بخلاف الجنسين ألا ترى أن من كان عليه قضاء أيام من رمضان فنوى صوم القضاء جاز، وإن لم يعين صوم يوم الخميس، أو الجمعة؛ لأن الجنس واحد بخلاف ما لو كان عليه صوم القضاء، والنذر فإنه لا بد فيه من التعيين لاختلاف الجنس.

(قال): ولو أعتق رجل عنه بغير أمره لم يجزه عن ظهاره؛ لأن المعتق عن المعتق، ونيته من غيره لغو؛ لأنه يعقب الولاء؛ وليس لأحد أن يلزم غيره ولاء بغير أمره؛ فإن كان بأمره فهو على وجهين: إما أن يكون بجعل أو بغير جعل، فإن كان بجعل بأن قال: أعتق عبدك عن ظهاري على ألف درهم فأعتقه جاز عن ظهاره استحسانا عندنا وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – ، ووجب المال عليه، وفي القياس وهو قول زفر – رحمه الله تعالى – يعتق عن المعتق، والولاء له، ولا يجزئ عن ظهار الآمر، ولا مال عليه؛ لأنه التمس منه محالا، وهو أن يعتق ملك نفسه من غيره، ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فكان إعتاق زيد ملكه عن عمرو محالا، ولا يجوز إضمار التمليك هنا؛ لأن الإضمار لتصحيح المصرح به لا لإبطاله." (١)

"وذكر في النوادر عن الحسن عن أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – أنه لا بد أن يقول إني لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا، وهي تقول أنت من الكاذبين فيما رميتني به من الزنا؛ لأنه إذا ذكر بلفظة الغائبة يتمكن فيه شبهة واحتمال فلا بد من لفظ الخطاب وفي ظاهر الرواية لم يعتبر هذا؛ لأن كل واحد منهما يشير إلى صاحبه، والإشارة أبلغ أسباب التعريف فإذا فرغا من اللعان، فرق الإمام بينهما لحديث سهل بن سعد – رضي الله عنه – «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لما لاعن بين العجلاني وامرأته فقال العجلاني: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فهي طالق ثلاثا ففارقها قبل أن يأمره رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بأن يفارقها» فكانت سنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما.

ثم الفرقة لا تقع عندنا إلا بتفريق القاضي، وعند الشافعي – رضي الله تعالى عنه – تقع بنفس لعان الزوج، وعلى قول زفر

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٧/١٠

– رحمه الله تعالى – يقع الفرقة بلعانهما فالشافعي – رحمه الله تعالى – يقول: سبب هذه الفرقة قول من الزوج مختص بالنكاح الصحيح فيتم به كالطلاق وزفر – رحمه الله تعالى – يستدل بقوله: – صلى الله عليه وسلم – «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» فنفي الاجتماع بعد التلاعن تنصيص على وقوع الفرقة بينهما، ولكنا نستدل بالحديث الذي روينا فإن العجلاني – رضي الله تعالى عنه – أوقع الثلاث عليها بعد التلاعن ولم ينكر عليه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر عليه فإن قيل: قد أنكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها (قلنا) ذاك منصرف إلى طلبه رد المهر فإنه روي أنه قال: «إن كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وإن كنت كاذبا فابعد اذهب فلا سبيل لك عليها»؛ ولأن الراوي قال فذلك السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما فدل أنه لا تقع الفرقة إلا بالتفريق، وكان التفريق هنا بمنزلة فسخ البيع بسبب التحالف عند الاختلاف في الثمن ثم هناك لا ينفسخ البيع ما لم يفسخ القاضي، فكذلك هنا، وهذا لأن مجرد اللعان غير موضوع للفرقة، ولا هو مناف للنكاح إلا أن الفرقة بينهما لقطع المنازعة، والخصومة، وفوات المقصود بالنكاح مع إصرارهما على كلامهما فلا يتم إلا بقضاء القاضي فأما قوله: – صلى الله عليه وسلم – «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» حقيقة هذا اللفظ حال تشاغلهما باللعان كالمتقاتلين والمتضاربين فزفر – رحمه الله تعالى – يوافقنا، أن في حال تشاغلهما باللعان لا تقع الفرقة بينهما.

ثم ذكر عن إبراهيم – رضي الله تعالى عنه – قال: اللعان تطليقة بائنة وإذا أكذب الملاعن عن نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى –." (١)

"فقالا: الفرقة باللعان تكون فرقة بالطلاق، وعلى قول أبي يوسف – رحمه الله –: تكون فرقة بغير طلاق بناء على أن عند أبي يوسف يثبت باللعان الحرمة المؤبدة بينهما وهو قول الشافعي – رضي الله عنه – وعند أبي حنيفة – رحمهما الله تعالى – لا تتأبد الحرمة بسبب اللعان: حجتهما في ذلك قوله: – صلى الله عليه وسلم – «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» وهكذا نقل عن عمر وعلي وابن مسعود – رضي الله عنهم – والمعنى فيه أن سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان والطلاق يختص به الزوج فما يشترك الزوجان فيه لا يكون طلاقا.

ومثل هذا السبب متى كان موجبا للحرمة كانت مؤبدة كالحرمة بالرضاع: توضيحه أن ثبوت الحرمة هنا باللعان نظير حرمة قبول الشهادة بعد الحد في قذف الأجنبي، وذلك يتأبد فكذلك هنا وحجة أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – أن الثابت بالنص اللعان بين الزوجين فلو أثبتنا به الحرمة المؤبدة كان زيادة على النص، وذلك لا يجوز خصوصا فيما كان طريقه العقوبات، ثم هذه فرقة تختص بمجلس الحكم ولا يتقرر سببه إلا في نكاح صحيح فيكون فرقة بطلاق كالفرقة بسبب الجب والعنة. وهذا؛ لأن باللعان يفوت الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بالإحسان.

فإذا امتنع منه ناب القاضي منابه فيكون فعل القاضي كفعل الزوج وإذا ثبت أنه طلاق، والحرمة بسبب الطلاق لا تتأبد، فأما الحديث فقد بينا أن حقيقة المتلاعنين حال تشاغلهما باللعان ومن حيث المجاز إنما يسميان متلاعنين ما بقي اللعان بينهما حكما وعندنا **لا يجتمعان** ما بقي اللعان بينهما حكما وإنما تجوز المناكحة بينهما إذا لم يبق اللعان بينهما حكما؛

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٤٣/٧

لأنه إذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لإقراره على نفسه بالتزام الحد، ومن ضرورة إقامة الحد عليه بطلان اللعان، ولا يبقى أهلا للعان بعد إقامة الحد، وكذلك إن أقرت المرأة بالزنا فقد خرجت من أن تكون أهلا للعان، وكذلك إن قذفت رجلا فأقيم عليها الحد فعرفنا أن حل المناكحة بينهما بعد ما بطل حكم اللعان فلا يكون في هذا إثبات الاجتماع بين المتلاعنين.

(قال): وإذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما، وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد، أما اللعان؛ فلأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم ثم قال ابن أبي ليلى: إنكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد ولكنا نقول إنكاره نفي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه فلهذا لا يحد.

(قال): وإذا نفى الرجل حبل امرأته فقال هو من زنا فلا لعان بينهما ولا حد قبل الوضع في قول علمائنا.
وقال الشافعي: - رحمه الله تعالى -." (١)
"شاهدين أنه أكذب نفسه حد؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم أو بالمعاينة.

(قال): وإذا رجع الملاعنان إلى حال لا يتلاعنان فيه أبدا فإن كان بعد التفريق حل له أن يتزوجها في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - وإن كان قبل التفريق لم يفرق بينهما، وعند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - **لا يجتمعان** أبدا، وقد بينا هذه المسألة، وحاصل مذهب أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - أن التفريق بينهما والحرمة للتحرز عن تكرار اللعان، وقد زال ذلك المعنى حين صار إلى حال لا يتلاعنان فيه أبدا

(قال): وإذا أسلمت امرأة الذمي فقذفها ثم أسلم فعليه الحد؛ لأنها كانت محصنة حين قذفها فكان اللعان ممتنعا باعتبار حال الزوج فإنه كافر فلزمه الحد، ثم لا يسقط ذلك بعد إسلامه، وكذلك العبد يعتق بعدما قذف امرأته.

(قال): ولو قذف الحر امرأته الذمية، أو الأمة ثم أسلمت، أو أعتقت لم يكن عليه حد، ولا لعان؛ لأن امتناع جريان اللعان بمعنى من جهتها عند القذف فلا يجري اللعان، وإن ارتفع المعنى بعد ذلك، وإذا أعتقت المرأة الأمة ثم قذفها الزوج، فعليه اللعان لبقاء النكاح بينهما عندنا بعد ما عتقت فإن اختارت نفسها بطل اللعان لوقوع الفرقة بينهما باختيارها نفسها، ولا مهر عليه إن لم يكن دخل بها؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول، وإن لم تكن اختارت حتى يلاعنها ويفرق بينهما فعليه نصف المهر؛ لأن الفرقة محال بها على جانب الزوج هنا، ولهذا قال أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى -: اللعان تطليقة بائنة وكذلك لو كان دخل بها ثم فرق بينهما فلها النفقة والسكنى في العدة، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٧/٤٤

[باب الشهادة في اللعان]

(قال): – رضي الله عنه – وإذا شهد الزوج، وثلاثة نفر على المرأة بالزنا جازت شهادتهم، وأمضي عليها الحد عندنا، وقال الشافعي: – رحمه الله تعالى – لا تقبل شهادة الزوج على زوجته بالزنا لأنه خصم في ذلك فإنه يصير قاذفا لها مستوجبا للعان، ولا شهادة للخصم، ولأنه شاهد طعن لأن الزوج يغيظه زناها فيحمله ذلك على أن يشهد عليها لا بطريق الحسبة ولأنه يدعي عليها الجناية في أمانته فالفراش أمانة الزوج عندها، ولا شهادة للمدعي، ولكنا نقول: لو شهد عليها بحق آخر قبلت الشهادة لظهور العدالة، وانتفاء التهمة فكذلك بالزنا بل أولى؛ لأن انتفاء التهمة هنا أظهر، والظاهر أن الزوج يستر الزنا على امرأته؛ لأن ذلك يشينه ومعنى الغيظ الذي قال يبطل." (١)

"أنها لما منعت بقاء ملك النكاح منعت ثبوته ابتداء.

(وحجتنا) في ذلك قوله تعالى ﴿وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا﴾ [مريم: ٩٢] ﴿إن كل من في السماوات والأرض إلا آتي الرحمن عبدا﴾ [مريم: ٩٣] فقد نفى البنوة بينه، وبين الخلق بإثبات العبودية فذلك تنصيص على المنافاة بينهما، والمتنافيان **لا يجتمعان** فإذا كانت البنوة متقررة انتفت العبودية، ومراده – عليه الصلاة والسلام – من قوله فيعتقه بذلك الشراء لا بسبب آخر كما يقال: أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه، وضرب فأوجع، وكتبه فقرمط وإنما أثبتنا له الملك ابتداء؛ لأن انتفاء العبودية لا يتحقق إلا به فإذا لم يملكه لا يعتق بخلاف ملك النكاح؛ لأنه لا فائدة في إثبات ملك النكاح له على ابنته ثم إزالته؛ لأنها تعود إلى ما كانت عليه، ولأن هذا العتق صلة، ومجازاة فلا يتحقق إلا بعد الملك. فأما انتفاء النكاح بحرمة المحل، وهو موجود قبل العقد؛ ولأن ملك النكاح ليس بملك الحل فيختص بمحل الحل، والأم والابنة محرمة عليه بالنص، ولا تصور للملك بدون المحل فأما هذا ملك مال، وذلك ثابت في المحل، فيثبت له نسبه أيضا إذ ليس من ضرورة إثباته – الاستدامة، وبهذا الحديث أيضا قال علماؤنا – رحمهم الله تعالى –: إذا ملك أخاه، أو أخته، أو أحدا من ذوي الرحم المحرم منه أنه يعتق عليه، وعند الشافعي – رحمه الله تعالى –: لا يعتق إلا الوالدين والمولودين؛ لأنه ليس بينهما بعضية فلا يعتق أحدهما على صاحبه كبني الأعمام بخلاف الآباء والأولاد فالعتق هناك للبعضية، والجزئية؛ ولأن القرابة التي بينهما في الأحكام كقرابة بني الأعمام حتى تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه، ويجوز لكل واحد منهما وضع زكاة ماله في صاحبه، ويجري القصاص بينهما في الطرفين، ويحل لكل واحد منهما حليلة صاحبه، ولا يستوجب كل واحد منهما النفقة على صاحبه مع اختلاف الدين، ولا يتكاتب أحدهما على صاحبه بخلاف الوالدين، والمولودين وهذا بخلاف المناكحة؛ لأن ثبوتها باسم الأختية، والبنتية لا بمعنى القرابة، ألا ترى أنها تثبت بالرضاع، ولا تثبت بالقرابة بها، ولهذا لا يعتبر في الحرمة معنى قرب القرابة وبعدها.

(وحجتنا) في ذلك ما روي عن ابن عباس – رضي الله عنهما – «أن رجلا جاء إلى النبي – صلى الله عليه وسلم –، وقال إني وجدت أخي يباع في السوق فاشتريته، وأنا أريد أن أعتقه فقال – عليه الصلاة والسلام – قد أعتقه الله»، والمعنى فيه

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٧/٥٤

أن القرابة المتأيدة بالمحرمية علة العتق مع الملك، كما في الآباء والأولاد، وهذا؛ لأن لهذا العتق بطريق الصلة والقرابة المتأيدة بالمحرمية تأثيرا في استحقاق الصلة؛ لأنه يفترض وصلها، ويحرم قطعها، ألا ترى أن الله تعالى." (١)

"في الكفارة يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى الفرق بين المنذور والكفارة فقال: إذا نذر إطعام عشرة مساكين فله أن يطعم فقراء أهل الذمة، إنما ليس له أن يطعم في الكفارة فقراء أهل الذمة اعتبارا لما أوجب الله عليه من الكفارة بالزكاة، وقد بينا أنه يجوز صرف الكفارة إلى من يجوز صرف الزكاة إليه.

ولو أطعم خمسة مساكين، وكسا خمسة مساكين أجزأه ذلك من الطعام، إن كان الطعام أرخص من الكسوة، وإن كانت الكسوة أرخص من الطعام لم يجزئ ما لا يجزئ كل واحد منهما عن نفسه؛ لأن المنصوص عليه ثلاثة أنواع، فلو جوزنا إطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة مساكين كان نوعا رابعا، فيكون زيادة على المنصوص، وهذا بخلاف ما إذا أدى إلى كل مسكين مدا من حنطة ونصف صاع من شعير؛ لأن المقصود واحد، وهو سد الجوعة، فلا يصير نوعا رابعا، فأما المقصود من الكسوة غير المقصود من الطعام، ألا ترى أن الإباحة تجزئ في أحدهما دون الآخر، ولو جوزنا النصف من كل واحد منهما كان نوعا رابعا، ثم مراده من هذه المسألة إذا أطعم خمسة مساكين بطريق الإباحة والتمكين دون التمليك، فإن التمليك فوق التمكين، وإذا كان الطعام أرخص من الكسوة أمكن إكمال التمكين بالتمليك، فتجوز الكسوة مكان الطعام، وإن كانت الكسوة أرخص لا يمكن إقامة الطعام مقام الكسوة؛ لأن التمكين دون التمليك، وفي الكسوة التمليك معتبر فلا يمكن إقامة الكسوة مقام الطعام؛ لأنه ليس فيهما وفاء بقيمة الطعام، فأما إذا ملك الطعام خمسة مساكين، وكسا خمسة مساكين، فإنه يجوز على اعتبار أنه إن كان الطعام أرخص تقام الكسوة مقام الطعام، وإن كانت الكسوة أرخص، يقام الطعام مقام الكسوة لوجود التمليك فيها، إليه أشار في باب الكسوة بعد هذا. ولو أطعم خمسة مساكين، ثم افتقر كان عليه أن يستقبل الصيام؛ لأن إكمال الأصل بالبدل غير ممكن، فإنهما لا يجتمعان، وليس له أن يسترد من المساكين الخمسة ما أعطاهم؛ لأنها صدقة قد تمت بالوصول إلى يد المساكين، ومن كانت له دار يسكنها أو ثوب يلبسه، ولا يجد شيئا سوى ذلك أجزأه الصوم في الكفارة؛ لأن المسكن والثياب من أصول حوائجه، وما لا بد منه فلا يصير به واجدا لما يكفر به، بخلاف ما لو كان له عبد يخدمه، فإن ذلك ليس من أصول الحوائج.

ألا ترى أن كثيرا من الناس يتعيش من." (٢)

"الحد في الإقرار.

فأما إذا زنى بمكرهة يلزمه الحد دون المهر عندنا وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – يجب المهر لها وهي نظير مسألة القطع والضمان أنهما لا يجتمعان عندنا على ما نبينه في السرقة إن شاء الله تعالى والشافعي – رحمه الله تعالى – يقول: هنا المستوفى

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٧/٧٠

(٢) المبسوط للسرخسي السرخسي ٨/١٥١

بالوطء متقوم لحقها بدليل أنه متقوم بالعقد والشبهة فلا يجوز إسقاط حقها عنه بغير رضاها، فإذا كانت مطاوعة فقد رضيت بسقوط حقها فيجب المهر لها ولكنا نقول فعله بالمكرهة زنى والواجب بالزنا الحد فلا يجوز الزيادة على ذلك بالرأي، ثم لو كان بضعها يتقوم على الزاني لم يسقط ذلك برضاها، ألا ترى أنه لما كان يتقوم بشبهة العقد لم يسقط برضاها بأن طاوعته والدليل عليه أنه لو زنى بأمة وهي مطاوعة لم يجب المهر وتقوم بضعها لحق المولى فلا يسقط برضاها ولكن إنما لم يجب؛ لأن البضع لا يتقوم بالمال بالزنا المحض، وإنما يتقوم بالعقد أو بشبهته ولم يوجد ثم إذا سقط الحد عنه بدعواها النكاح وجب الصداق لها؛ لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن عقوبة أو غرامة فإذا جعل ما ادعت من النكاح كالثابت في إسقاط الحد، فكذلك في إيجاب المهر يجعل كالثابت في إيراث الشبهة

[يطأ جارية امرأته وقال ظننتها تحل لي]

(قال) وكذلك الرجل يطأ جارية امرأته وقال: ظننتها تحل لي، أو يطأ جارية أبيه أو أمه ويقول: ظننت أنها تحل لي لا حد عليهما عندنا، وقال زفر – رحمه الله تعالى – عليهما الحد؛ لأن السبب وهو الزنا قد تقرر بدليل أنهما لو قالا علمنا بالحرمة يلزمهما الحد ولو سقط إنما يسقط بالظن والظن لا يغني من الحق شيئا كمن وطئ جارية أخيه أو أخته وقال: ظننتها تحل لي ولكنا نقول قد تمكنت بينهما شبهة اشتباه؛ لأنه اشتبه عليه ما يشتبه، فإن مال المرأة من وجه كأنه للزوج قيل في تأويل قوله تعالى ﴿ووجدك عائلا فأغنى﴾ [الضحى: ٨] أي بمال خديجة، ولما جاء رجل إلى علي – رضي الله عنه – فقال: إن عبدي سرق مرآة امرأتي، فقال: مالك سرق بعضه بعضا ولأنها حلال له فربما يشتبه عليه أن حال جاريتها كحالها، وفي جارية الأب والأم.

كذلك قد يشتبه ذلك باعتبار أن الأملاك متصلة بين الآباء والأولاد، والمنافع دائرة ولأن الولد جزء من أبيه فربما اشتبه عليه أنها لما كانت حلالا للأصل تكون حلالا للجزء أيضا وشبهة الاشتباه مؤثرة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه كالقوم على مائدة فسقوا خمرا على علم منهم أنه خمر يلزمه الحد ومن لم يعلم لا يحد والأصل في حديث سعيد بن المسيب – رضي الله عنه – أن رجلا تضيف أهل بيت باليمن فأصبح يخبر الناس أنه زنى بربة البيت فكتب إلى عمر – رضي الله عنه – فقال عمر إن كان يعلم أن." (١)

"لحريته فإنه خصم عن الغائب لاتصال حقه بحق الغائب فالقضاء به عليه يكون قضاء على الغائب

(قال) وإذا قضى القاضي بحد أو قصاص أو مال وأمضاه ثم قال: قضيت بالجور وأنا أعلم ذلك ضمنه في ماله وعزر وعزل عن القضاء؛ لأنه فيما جار فيه ليس بقضاء بل هو إتلاف بغير حق إنما قضاؤه على موافقة أمر الشرع، والشرع لا يأمر بالجور وهو فيما يتلف بغير حق كغيره في إيجاب الضمان عليه في ماله ويعزر لارتكابه ما لا يحل له قصدا ويعزل عن القضاء لظهور خيانته فيما جعل أمينا فيه، وفي هذا اللفظ دليل أن الصحيح من مذهب علمائنا أن القاضي لا ينعزل بالجور،

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٥٣/٩

ولكن يستحق عزله؛ لأن الفسق عندنا لا يمنع صحة تقليده ابتداء فلا يمنع البقاء بطريق الأولى بخلاف ما تقوله المعتزلة إنه ينعزل بالجور، وإن تقليد الفاسق ابتداء لا يصح بناء على أصلهم أن بالفسق يخرج من الإيمان؛ لأن اسم الفسق اسم ذم واسم الإيمان اسم مدح **فلا يجتمعان** وهي معروفة من مذهبهم في القول بالمنزلة بين المنزلتين والشافعي – رحمه الله – يوافقهم في أنه ينعزل بناء على أصله أن بالفسق ينتقض إيمانه وأن التقليد ممن قلده كان على ظن أداء الأمانة فلا يبقى حكمه بعد الخيانة كما في الوديعة يقول بالخلاف من طريق الفعل يبطل العقد.

وهذا كله عندنا باطل فإن الولاة من الخلفاء والسلاطين والقضاة بعد الخلفاء الراشدين قل ما يخلو واحد منهم عن فسق وجور، ففي القول بما قالوا يؤدي إلى أن يكون الناس سدى لا والي لهم، وأي قول أفحش من هذا، وإن ظهر أنه قضى بالجور وقد فعله خطأ لم يكن عليه غرمه؛ لأنه غير معصوم عن الخطأ، والخطأ موضوع شرعا قال الله تعالى ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾ [الأحزاب: ٥] فكان هو قاضيا على موافقة أمر الشرع ظاهرا غير جان فيما فعل، ولكن إذا تبين الخطأ أخذ المقضي له بغرم ذلك إن كان قضاؤه بحق العباد، وإن كان بحق الله تعالى فضمانه في بيت المال، وعلى هذا قال علماؤنا رحمهم الله تعالى: القاضي إذا أخبر عن قضائه بشيء وأمر الناس برجم أو قتل بناء على قضائه فإن كان عالما ورعا وسعهم أن يأخذوا بقوله من غير أن يستفسروه، وإن كان عالما غير ورع لم يسعهم ذلك ما لم يستفسروا، وكذلك لو كان ورعا غير عالم؛ لأن الورع الذي هو غير عالم قد يخطئ لجهله، والعالم الذي ليس بورع قد يعتمد الجور ويميل إلى الرشوة، وأما إذا كان عالما ورعا فإنهم يأمنون الخطأ لعلمه والجور لورعه فيسعهم الأخذ بقوله

(قال) وليس للمولى أن يقيم الحد على مملوكه ومملوكته عندنا وقال الشافعي – رحمه الله تعالى –: له ذلك في الحدود التي هي محض حق الله." (١)

"لو كان المولى هو الذي زوجها وكذلك الصبي إذا أجره الوصي في عمل من الأعمال فلم يعمل حتى بلغ الصبي مبلغ الرجال فهو بالخيار بين المضي على الإجارة وفسخها وكذلك الأب إذا أجر ابنه ثم أدرك الابن لما بينا أن في إجارة النفس كدا وتعبا فلا يلزم من الأب والوصي في حق الصبي بعد بلوغه وما يلحقه من المشقة يصير عذرا له في الفسخ بخلاف ما لو أجر داره أو عبده سنين معلومة فأدرك الغلام لم يكن له أن يبطل الإجارة والشافعي – رحمه الله تعالى – يسوي بينهما فيقول: نفذ بولاية تامة فلا يثبت له حق الفسخ بعد ذلك في الفصلين والفرق لنا بين الفصلين من وجهين: أحدهما أنه ليس في إجارة الدار والعبد معنى الكد والعار في حق الصبي إذا أدرك فلا يثبت له حق الفسخ بخلاف إجارة النفس، والثاني أن إجارة الدار والعبد يملك بالولاية.

ألا ترى أن من لا ولاية له من القرابات ممن يعول الصبي ليس له ولاية إجارة داره وعبده فإذا نفذ باعتبار قيام ولايتهما يجعل كأنهما باشراه بعد البلوغ بالولاية فأما صحة إجارة النفس ليس باعتبار الولاية بل باعتبار المنفعة والمصلحة للولد في ذلك ليتأدب ويتعلم ما يحتاج إليه ألا ترى أن من يعول اليتيم يملك ذلك منه وببلوغه زال هذا المعنى لأنه صار من أهل

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٨٠/٩

النظر لنفسه فيما يحتاج إليه فلهذا يثبت له الخيار وإذا أجر العبد المحجور عليه نفسه من رجل سنة بمائة درهم للخدمة فخدمه ستة أشهر ثم أعتق فالقياس أن لا يجب الأجر لأن المستأجر كان ضامنا له حين استعمله بغير إذن مولاه والأجر والضمان **لا يجتمعان** ولكنا نستحسن إذا سلم العبد أن يعجل له الأجر فيما مضى لأن في ذلك محض منفعة لا يشوبه ضرر والعبد غير محجور عن اكتساب المال وما يكون فيه محض منفعة كالاحتطاب والاحتشاش بخلاف ما إذا هلك فإن الضمان قد تقرر عليه من حين استعمله وهو يملكه بالضمان من ذلك الوقت فتبين أنه استعمل عبد نفسه فلا يجب الأجر. وبه فارق الصبي المحجور إذا أجر نفسه ومات في خلال العمل فإنه يجب الأجر بحساب ما عمل لأن الصبي الحر لا يملك بالضمان فلا ينعدم السبب الموجب للأجر فيما مضى وإن هلك الصبي من استعماله غرم ديته وإذا سلم العبد من العمل حتى وجب الأجر بحساب ما مضى يقبضه العبد فيدفعه إلى مولاه لأنه وجب بعقده ولكن بمقابلة منافع مملوكة للمولى فيلزمه دفعه إلى المولى وتجوز الإجارة فيما بقي من السنة للعبد ولا خيار له في نقض الإجارة لأنها نفذت بعد عتقه بغير إجارة المولى فكأنه باشره بعد العتق ألا ترى أن أمة." (١)

"وبظاهر الحديث يقول جهال أهل التقشف، وحمقى أهل التصرف لا يسعه أن يأخذه، فلا أقل من أن يسعه الترك لظاهر الحديث.

(وإذا) أخذ عبدا آبقا فادعاه رجل، وأقر له العبد فدفعه إليه بغير أمر القاضي فهلك عنده، ثم استحقه آخر ببينة أقامها فله أن يضمن أيهما شاء لكون كل واحد منهما خائنا في حقه، فإن ضمن الدافع رجع به على القابض؛ لأنه أخذ العبد منه لنفسه، وقد تبين أنه كان غاصبا لا مالكا، وللغاصب الأول حق الرجوع على الثاني بما يضمن، ولأنه لم يسبق إقرار من الدافع للقابض بالملك، ولو كان أقر له بذلك فسقط اعتبار إقراره لما صار مكذبا شرعا، فإذا لم يسبق إقراره أولى، وإن كان لم يدفع إلى الأول حتى شهد شاهدان عنده فدفعه إليه بغير حكم، ثم أقام آخر البينة عند القاضي، فإنه يقضي به لهذا؛ لأن البينة الأولى أقامها صاحبها في غير مجلس الحكم، فلا تكون معارضة للبينة التي قامت في مجلس الحكم؛ لأن وجوب الحكم يختص ببينة تقوم في مجلس القضاء، وإن أعاد الأول بينته لم ينفعه أيضا؛ لأن اليد في العبد له، وبينة ذي اليد في الملك المطلق لا تعارض بينة الخارج، وما يكتسبه العبد الآبق بالبيع والشراء والإجارة وغير ذلك لمولاه؛ لأنه مالك لرقبته بعد إباقه، وإذا لم يكن المكتسب أهلا للملك فمولاه يخلفه في ملك الكسب لملكه رقبته، وإن أجره الذي أخذه وأخذ أجرته فهو للذي أجره قال: لأنه في ضمانه، وكأنه أشار بهذا إلى قوله – صلى الله عليه وسلم –: «الخراج بالضمان» ولأنه بعقده صير ما ليس بمال مالا، فإن المنافع لا تأخذ حكم المالية إلا بالعقد عندنا كما بينه في الغصب، ومن صير ما ليس بمال من ملك الغير مالا بفعله كان ذلك المال له كمن اتخذ كوزا من تراب غيره وباعه، ولكن ينبغي له أن يتصدق به؛ لأنه حصل بكسب خبيث، وإن دفعه إلى المولى مع العبد، وقال: هذا المال غلة عبدك، وقد سلمته لك فهو للمولى؛ لأنه أخذ بالاحتياط فيما صنع، وتحرز عن اختلاف العلماء، فإن عند الشافعي – رضي الله عنه – هذا المال للمولى، وعندنا هو

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٢٠٧/١٠

للأجير، ولا يمنعه من تمليك مال نفسه منه طوعا، ثم يحل للمولى أكله استحسانا.

وفي القياس لا يحل؛ لأن حق الفقير أثبت فيه حين وجب التصدق به، فلا يملك الآخذ إسقاط حق الفقراء، ولكنه استحسن، وقال: وجوب التصدق به كان لخبث دخل فيه لعدم رضى المولى به، فإنما يظهر ذلك في حق الآخذ لا في حق المولى بل بالتسليم إلى المولى يزول ذلك الخبث، فكان له أن يأكله استحسانا؛ لأنه كسب عبده، وفي القياس لا يجب الأجر؛ لأن المستأجر ضامن للعبد باستعماله، والأجر مع الضمان **لا يجتمعان**، ولكنه." [١]

"قيمته بعد هلاك العين؛ ليحفظ ماليته عليه، فكان كالمأمور به دلالة، وفي إثبات حق الخصومة له تحقيق معنى الحفظ؛ لأن الغاصب إذا علم أن المودع لا يخاصمه في حال غيبة المودع تجاسر على أخذه؛ فلهذا كان المودع فيه خصما.

وإن كانت الوديعة عند رجلين – من ثياب أو غيرها – فاقتسماها وجعل كل واحد منهما نصفها في بيته، فهلك أحد النصفين، أو كلاهما: فلا ضمان عليهما. وهكذا أمر الناس؛ لأنهما لا يستطيعان أن يجتمعا على حفظها في مكان واحد؛ لما بينا أن المودع إنما يلتزم الحفظ بحسب إمكانه. ومعلوم أنهما لا يقدران على أن يتركا جميع أشغالهما، ويجتمعا في مكان واحد لحفظ الوديعة. والمالك لما أودعهما – مع علمه بذلك – فقد صار راضيا بقسمتها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة، والثابت بالدلالة كالثابت بالنص. وإن أبيا القسمة وأودعاه عند رجل، فهلك: ضمناه؛ لتركهما ما التزماه من الحفظ والمستبضعان والوصيان، والعدلان في الرهن قياس المودعين في ذلك، فإن تركها أحدهما عند صاحبه – وإن كان ذلك شيئا لا يحتمل القسمة – فلا ضمان على واحد منهما إذا هلك؛ لأن المالك لما أودعهما – مع علمه أنهما **لا يجتمعان** على حفظه آناء الليل والنهار – فقد صار راضيا بحفظ كل واحد منهما لجميعه.

ألا ترى أنهما يتهايآن في الحفظ، وفي مدة المهايأة يتركه كل واحد منهما عند صاحبه في نوبته.

فإن كان شيئا يحتمل القسمة، فتركه أحدهما عند صاحبه: فلا ضمان على الذي هلك في يده؛ لأنه مقبل على حفظه، وهو في نصيب صاحبه مودع المودع. ومودع المودع عند أبي حنيفة لا يضمن. فأما الدافع عند أبي حنيفة – رحمه الله – فإنه ضامن للنصف؛ لأنه ترك الحفظ الذي التزمه مع الإمكان، فإنهما يتمكنان من القسمة؛ ليحفظ كل منهما نصفه، وعندهما لا يضمن شيئا؛ لأنه لما ائتمنهما، فقد صار راضيا بحفظ كل واحد منهما له، كما لا يحتمل القسمة. وقول أبي حنيفة أقيس؛ لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد، فإذا كان الحفظ منهما يتأتى عادة، لا يصير راضيا بحفظ أحدهما للكل وحده.

(وإذا) احترق بيت المودع وأخرج الوديعة مع متاعه، ووضعه في بيت جاره، فهلك: فهو ضامن في القياس؛ لأنه ترك الحفظ الذي التزمه بالتسليم إلى غيره، وعذره يسقط المأثم عنه، ولكن لا يبطل حق المالك في الضمان. وفي الاستحسان: لا ضمان عليه؛ لأنه لا يجد بدا من هذا في مثل هذه الحالة، ولأن وضعه في بيت جاره – في مثل هذه الحالة – من الحفظ؛ لأنه

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٢٧/١١

يقصد به دفع الحرق عن الوديعة.

ألا ترى أنه إنما يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه، وإنما يحفظ مال نفسه في هذه." (١)

"ولو تكارى منزلا كل شهر بدرهم فخلى بينه وبين المنزل ولم يفتح له الباب فجاء رأس الشهر وطلب الأجر فقال المستأجر لم يفتحه ولم أنزله، فإن كان يقدر على فتحه فالكراء واجب عليه لتمكنه من استيفاء المعقود؛ فإنه في الامتناع بعد التمكن قاصد إلى الإضرار بالأخير فيرد عليه قصده، وإن كان لا يقدر على فتحه فلا أجر له عليه لأنه ما تمكن من الاستيفاء وعلى المؤاجر أن يمكنه من استيفاء المعقود فلا يستوجب الأجر بدونه إذا لم يستوف.

ولو تكارى منزلا في دار وفي الدار سكان فخلى بينه وبين المنزل فلما جاء رأس الشهر طلب الأجر فقال: ما سكنته حال بيني وبين المنزل فيه فلان الساكن، والساكن مقر بذلك أو جاحد؛ فإنه بحكم الحال فإنه كان المستأجر فيه في الحال فالأجر عليه وإذا كان الغاصب فيه فلا أجر عليه، والقول فيه قوله؛ لأن الاختلاف وقع بينهما فيما مضى والحال معلوم فيرد المجهول إلى المعلوم ويحكم فيه الحال كالمستأجر مع رب الرحا إذا اختلفا في انقطاع الماء في المدة بحكم الحال فيه، وإن لم يكن في المنزل ساكن في الحال فالمستأجر ضامن الأجر لأنه متمكن من استيفاء المنفعة في الحال فذلك دليل على أنه كان متمكنا فيما مضى فيلزمه الأجر والمانع لا يثبت بمجرد قوله من غير حجة

ولو تكارى بيتا ولم يسم ما يعمل فيه فهو جائز؛ لأن المعقود عليه معلوم بالعرف وهو السكنى في البيت، وذلك لا يتفاوت فلا حاجة إلى تسمية، وليس له أن يعمل فيه القصارة ونظائرها؛ لأن ذلك يضر بالبناء وقد بينا أنه لا يستحقه بمطلق العقد فإن عملها فانهدم البيت فهو ضامن؛ لما انهدم من عمله؛ لأنه متلف متعد ولا أجر عليه فيما ضمن لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان**؛ فإنه يتملك المضمون بالضمان مستندا إلى وقت وجوب الضمان، فلا يجب عليه الأجر فيما استوفى من منفعة ملك نفسه، وإن سلم فعليه الأجر استحسانا وفي القياس لا أجر عليه؛ لأنه غاصب فيما صنع؛ ولهذا كان ضامنا، ولا أجر على الغاصب في المنفعة وجه الاستحسان أنه استوفى المعقود عليه وزيادة وإنما كان ضامنا باعتبار تلك الزيادة فإذا سلم سقط اعتبار تلك الزيادة حكما فيلزمه الأجر باستيفاء المعقود عليه وإذا انهدم فقد وجب اعتبار تلك الزيادة لإيجاب الضمان عليه؛ فلهذا لا يلزمه الأجر.

وإن قال المستأجر: استأجرته منك لأعمل فيه القصارة وقال رب البيت: أكريتك لغير ذلك فالقول قول رب البيت؛ لأنه هو الموجب ولو أنكر الإيجاب والإذن أصلا كان القول قوله إذا أقر بشيء دون شيء ولأن المستأجر يدعي زيادة فيما استحقه بالعقد فعليه أن يثبت ذلك بالبينة ورب الدار منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه، وإن سكنه وأسكن." (٢)

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٢٥/١١

(٢) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٤٧/١٥

"الثوب يطالبه بإلباس أرفق الناس في اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس إلا أخشن الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد، وإن اختصما فيه قبل اللبس فسدت الإجارة، وإن لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه إلى الليل فهو جائز وعليه الأجر استحسانا وفي القياس عليه أجر المثل وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها أو للعمل ولم يسم ما يعمل عليها فعمل عليها إلى الليل فعليه المسمى استحسانا وفي القياس عليه أجر المثل؛ لأنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهالة التي تفضي إلى المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد وهذا؛ لأن الجهالة في المعقود عليه وعقد الإجارة في حق المعقود عليه كالمضاف فإنما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الأجر عند ذلك أيضا فلهذا أوجبنا المسمى وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء، ولا ضمان عليه إن ضاع منه؛ لأنه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف الأول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفا بإلباس غيره

وإذا استأجر قميصا ليلبسه يوما إلى الليل فوضعه في منزله حتى جاء الليل فعليه الأجر كاملا؛ لأن صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب إليه وما زاد على ذلك ليس في وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لأن العقد انتهى بمضي المدة والإذن في اللبس كان بحكم العقد فلا يبقى بعد انتهاء العقد، وإن ارتدى به يوما إلى الليل كان عليه الأجر كاملا؛ لأن هذا لبس ولكنه غير تام فإن المقصود بالقميص ستر البدن به وبهذا الطريق يحصل بعض الستر، وإن اتزر به إلى الليل فهو ضامن إن تخرق؛ لأن الاتزار بالقميص غير معتاد وبمطلق التسمية إنما يتمكن من اللبس المعتاد فكان غاصبا إذا اتزر به ضامنا إن تخرق بخلاف ما إذا ارتدى به فإن ذلك معتاد في بعض الأوقات توضيحه أن الاتزار مفسد للقميص فما أتى به أضر بالثوب مما يتناوله العقد والاتزار غير مفسد بل ضرره كضرر اللبس أو دونه، وإن سلم فعليه الأجر استحسانا وفي القياس لا أجر عليه لأنه مخالف ضامن والضمان والأجر **لا يجتمعان** كما لو ألبسه غيره وجه الاستحسان أنه متمكن من استيفاء المعقود عليه باعتبار يده وإنما كان ضامنا بزيادة ضرر مفسد للثوب فيبقى الأجر عليه لتمكنه من استيفاء المعقود عليه بخلاف ما إذا تخرق فهناك لما تقرر عليه الضمان ملك الثوب من حين ضمنه ولا يجب الأجر عليه في ملك نفسه وإذا سلم فهو لم يملك." (١)

"سوس والحاصل أن المستأجر في العين أمين؛ لأن يده كيد المالك؛ فإنه يتقرر حق المالك في الأجر باعتبار يده ولهذا لو أصابه عهده رجع به على الآخر فكان أمينا فيه كالمودع بخلاف الأجير المشترك على قول من يضمنه؛ فإنه في الحفظ عامل لنفسه؛ فإنه يتمكن به ما تقرر حقه في الأجر فكان ضامنا ولو أمرت خادمها أو ابنتها فلبسته فتخرق كانت ضامنة كما لو ألبست أجنبية أخرى ولا أجر عليها وإن سلم الثوب بعد أن صدقها رب الثوب، وإن كذبها فالقول قول رب الثوب مع يمينه على علمه، وإن أجرته ممن تلبسه بفضل أو نقصان فهي ضامنة للخلاف والأجر لها بالضمان وعليها التصدق به

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٦٦/١٥

إلا عند أبي يوسف – رحمه الله – وقد بيناه ولو لبسه خادمها أو ابنتها بغير أمرها فلا ضمان عليها بمنزلة ما لو غصبه إنسان والأجر عليها ولا ضمان عليها؛ لأنها لم تخالف ولو تخرق من لبس الخادم كان الضمان في عنق الخادم؛ لأنها غاصبة وضمان الغصب يجب دينا في عنق المملوك.

ولو استأجر قبة لينصبها في بيته ويبيت فيها شهرا فهو جائز لأن القبة من المساكن فإن قيل لا يمكن استيفاء المعقود عليه إلا بما لم يتناوله العقد وهو الأرض التي ينصب فيها القبة، وذلك يمنع الإجارة كما لو استأجر أحد زوجي المقراض لقرض الثياب قلنا المعتبر كون العين منتفعا به وأن يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه، وذلك موجود فالإنسان لا يعدم الأرض لينصب فيها القبة ولأن المقصود بالقبة الاستظلال ودفع أذى الحر والبرد والمطر، وذلك بالمعقود عليه دون الأرض، وإن لم يسم البيوت التي ينصبها فيها فالعقد جائز أيضا؛ لأن ذلك لا يختلف باختلاف البيوت وترك تعيين غير المفيد لا يفسد العقد، وإن سمى بيتا فنصبها من غيره فهو جائز وعليه الأجر؛ لأن هذا تعيين غير مفيد فالضرر لا يختلف باختلاف البيوت فإن نصبها في الشمس أو المطر كان عليها في ذلك ضرر فهو ضامن؛ لما أصابها من ذلك؛ لأنه مخالف فالشمس تحرقها والمطر يفسدها وإنما رضي صاحبها بنصبها في البيت ليأمن من ذلك وإذا وجب عليه الضمان بطل الأجر؛ لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان** ولأنه تملكها بالضمان من حين ضمن، وإن سلمت القبة كان عليه الأجر استحسانا؛ لأنه استوفى المعقود عليه حين استظل بالقبة وإنما كان ضامنا باعتبار زيادة الضرر فإذا سلمت سقط اعتبار تلك الزيادة فيلزمه الأجر باستيفاء المعقود عليه، ولو شرط أن ينصبها في داره فنصبها في دار في قبيلة أخرى في ذلك المصر فعليه الأجر ولا ضمان عليه؛ لأن هذا تعيين غير مفيد وليس له أن يخرجها من المصر لأن فيه إلزام مؤنة على صاحبها وهو مؤنة الرد وهو لم يلتزم ذلك فإن أخرجها إلى السواد فنصبها فسلمت أو انكسرت." (١)

"عبدا شهرين شهرا بخمسة وشهرا بستة فهو جائز؛ لأن كل واحد من العقدين يتناول مدة معلومة ببدل معلوم، ثم الشهر الأول يجب فيه من البدل ما ذكر أولا إن كان ذكر الخمسة أولا ففي الشهر الأول يجب خمسة؛ لأنه لو اقتصر على المذكور أولا يتعين له الشهر الأول فلا بد من أن يصرف المذكور آخرا إلى الشهر الثاني، وإن استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهم وشهرا بخمسة فالشهران الأولان بدرهم؛ لأن الكلام المبهم إذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير، وإنما بدأ بتفسيره بالشهرين الأولين بدرهم، وإن استأجره للخدمة بالكوفة فليس له أن يسافر به؛ لأن خدمة السفر أشق من خدمة الحضر فليس له أن يكلفه فوق ما التزم؛ لأن السفر شقة من العذاب فليس له أن يكلفه بمطلق العقد فإن (قيل) هو في ملك منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون له أن يسافر بأجيره للخدمة (قلنا) إنما يسافر المولى في منافعه بعبده؛ لأنه يملك رقبته وهو لا يملك رقبة أجيره، وإنما يملك منافعه بالعقد والمسمى في العقد استخدامه في الكوفة فلا يكون له أن يجاوز ذلك.

(ألا ترى) أنه يزوج عبده لملكه رقبته ولا يدل ذلك أن له أن يزوج أجيره، وإن سافر به فهو ضامن لمولاه؛ لأنه صار غاصبا

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٦٨/١٥

له بالإخراج والاستخدام لا على الوجه المستحق بالعقد ولا أجر عليه؛ لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان**، ولأن المعقود عليه منافع العبد بالكوفة ولا يتصور وجود ذلك بعد إخراجه من الكوفة.

وإن استأجره بالكوفة ليستخدمه كل شهر بأجر مسمى ولم يشترط الخدمة بالكوفة فهو على الخدمة بالكوفة أيضا، وليس له أن يسافر به؛ لأن مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف، ولأنه بالعقد يستحق الاستخدام فقط والسفر به وراء الاستخدام وهو يلزم مولاه مؤنة الرد فلا يكون ذلك إلا عن شرط فإن سافر به بغير إذن مولاه فهو ضامن ولا أجر عليه لما قلنا، وليس له أن يضرب العبد فإن ضربه بغير إذن صاحبه فعطب فهو ضامن، ثم على قول أبي حنيفة - رحمه الله - ظاهر فقد بيناه في الدابة إن استأجرها إنه لو ضربها فعطبت ضمن عنده ففي العبد أولى وهما يفرقان فيقولان العبد مخاطب يؤمر وينهى فيفهم ذلك ولا يحتاج إلى ضربه عند الاستخدام عادة فلا يصير مأذونا فيه بمطلق العقد بخلاف الدابة فإنها لا تفهم الأمر والنهي ولا تتفاوت في السير إلا بالضرب فيكون له أن يضربها ضربا متعارفا.

وإن دفع الأجر عند غرة الشهر الأول إلى العبد فإن كان المولى هو الذي أجره لم يبرأ من الأجر؛ لأن حقوق العقد في الإجارة تتعلق بالعاقد والعبد ليس بعاقد ولا مالك للأجر فالدفع إليه كالدفع." (١)

"فرع مسألة الجامع الصغير أن الحبل من الزنا لا يمنع من النكاح عندهما، ويمنع عند أبي يوسف - رحمه الله -، وكذلك أم الولد إذا أعتقها مولاها، ثم تزوجها قبل الإقرار بانقضاء العدة فهو على الأوجه الثلاثة كما بيناه

قال: ولو ولدت امرأة الرجل غلاما، وأمته غلاما، ثم ماتتا فقال أحدهما: ابني لم يثبت نسب واحد منهما؛ لأن النسب في المجهول لا يمكن إثباته والمقصود هو الشرف بالانتساب، وذلك لا يحصل في المجهول؛ ولأنه صادق في مقالته فإن أحدهما ابنه وهو ولد المنكوحة فإذا لم يكن معينا لم يثبت نسب واحد منهما بعينه ويعتقان ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته؛ لأن أحدهما حر، وعند الاشتباه ليس أحدهما بأولى من الآخر فيعتق كل واحد منهما نصفه، ومعنى قوله: إن أحدهما حر أن ولد المنكوحة حر فأما ولد الأمة لا يعتق إلا إذا ادعاه بعينه، ولم يوجد، وكذلك رجل له عبدان فقال أحدهما ابني أو قال هذا ابني، أو هذا لم يثبت نسب واحد منهما للجهالة، ولكن لا يعتق أحدهما بغير عينه؛ لأن دعوة النسب إقرار بالحرية، والإقرار بالعتق للمجهول صحيح فيسع العتق فيهما عند فوت البيان بالموت، والله أعلم.

[باب نفي الولد من زوجة مملوكة وغيرها]

(قال - رحمه الله -: رجل تحته أمة فأعتقت، ثم جاءت بولد لستة أشهر بعد العتق فنفاه فلم يلاعنها حتى اختارت نفسها فالولد لازم له، ولا حد عليه، ولا لعان)؛ لأن نسب الولد قد ثبت منه بالفراش فلا ينتفي إلا باللعان وباختيارها نفسها بالعتق ثابت منه فلا يجري اللعان بينهما بعد البينونة كما لو أبان امرأته بعد ما قذفها؛ لأن المقصود باللعان قطع النكاح الذي هو سبب المنازعة بينهما، وقد انقطع، ولا حد عليه؛ لأن قذفه إياه كان موجبا للعان بكونهما من أهل اللعان حين

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٦/٥٤

قذفها فلا يكون موجبا للحد؛ لأنهما **لا يجتمعان** بقذف واحد.

قال: رجل اشترى امرأته، وهي أمة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر فنفاه فهو لازم له؛ لأنا تيقنا أن العلوق بهذا الولد حصل من فراش النكاح فلزمه نسبه على وجه لا ينتفي بنفيه وصار ارتفاع النكاح بينهما بالشراء كارتفاعه بالطلاق قبل الدخول وهناك إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر لزمه نسبه فكذلك هنا، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا فله أن ينفيه، وهذا بمنزلة أم الولد له أن ينفيه ما لم يقر به، ثم قال بعد هذا بأسطر لا يثبت نسبه منه إلا أن يقر به فوجهه ما قال بعد هذا: إن." (١)

"النكاح بالشراء ارتفع لا إلى عدة؛ لأن العدة حق من حقوق النكاح فكما ينافي ملك اليمين أصل النكاح فكذلك ينافي حقوقه فكان هذا نظير الفرقة بالطلاق قبل الدخول، وقد جاءت بالولد من مدة يتوهم أن الولد من علوق حادث فلا يثبت نسبه منه، وفي الكتاب علل فقال: لأنها أمة يحل فرجها بالملك، وحل فرجها بملك اليمين مع حق النكاح **لا يجتمعان** فيتبين أنه لا عدة عليها وصار كأنه لم يدخل بها في فراش النكاح، ونسب ولد الأمة لا يثبت من المولى إلا بالدعوة. ووجه هذه الرواية أنها كانت فراشا له وملك اليمين لا ينافي الفراش فيبقى بعد الشراء من الفراش بقدر ما يجامع ملك اليمين؛ لأن الارتفاع بالمنافي فبقدر المنافي يرتفع وملك اليمين إنما ينافي الفراش الملزم المثبت للنسب، فإن أم الولد مملوكة؛ وللمولى عليها فراش مثبت للنسب إلا أن ينفيه فيبقى ذلك القدر هنا له قال: فإن أعتقها بعد ما اشتراها، وقد كان دخل بها فجاءت بولد لزمه ما بينه وبين سنتين من يوم اشتراها، وإن نفاه فعليه الحد، وهذا قول أبي يوسف الأول، وهو قول محمد رحمهما الله، وفي قول أبي يوسف الآخر – رحمه الله – إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها فكذلك الجواب، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يلزم إلا أن يدعيه فإن ادعاه لزمه، وإن كذبته المرأة.

أما وجوب الحد عليه فلأنه قذفها، وهي في الحال محصنة، ثم وجه قول محمد – رحمه الله – أن يقول بأن النكاح ارتفع بالشراء بعد الدخول فيكون موجبا العدة إلا أن هذه العدة لا تظهر في حقه؛ لأنها تحل له بالملك، وهي ظاهرة في حق الغير حتى لو أراد أن يزوجها من غيره لم يجز فإذا أعتقها زال المانع من ظهور العدة في حقه وظهرت العدة في حقه أيضا، والمعتدة إذا لم تقر بانقضاء العدة حتى جاءت بالولد لأقل من سنتين يثبت النسب؛ ولأنا قد بينا أن قدر الفراش الذي يثبت للمولى على أم ولده باق بعد الشراء وبالعتق زال هذا الفراش، وزوال الفراش بالعتق يوجب العدة كما في حق أم الولد فكان ينبغي على هذا الطريق أنها إذ جاءت بالولد لأقل من سنتين منذ أعتقها أنه يثبت النسب كما في أم الولد ولكن هذا الفراش أثر الدخول الحاصل في النكاح لا في الملك فاعتبرنا مدة السنتين من وقت انقطاع النكاح بالفراش.

ووجه قول أبي يوسف الآخر – رحمه الله –: أن النكاح ارتفع بالشراء لا إلى عدة لما بينا أن ملك اليمين ينافي حقوق النكاح.

(ألا ترى) أن قبل العتق لو جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر لا يلزمه نسبه فبعد." (٢)

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٣٥/١٧

(٢) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٣٦/١٧

"ذلك؛ لأنه أقر بالسبب الموجب للضمان عليه وادعى المسقط، وهو الإذن.

ولو كان لرجل على رجل كر شعير وكر تمر وكر حنطة فأقر أن نصف طعامه الذي على فلان لفلان فله نصف الحنطة خاصة؛ لأن ذكر الطعام مطلقا يتناول الحنطة ودقيقها، ولهذا لو حلف لا يشتري طعاما أو وكل وكيلا بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الحنطة ودقيقها خاصة لأن ذكر الطعام مطلقا يتناول الحنطة ودقيقها فإن بائعها يسمى بائع الطعام وسوق الطعام الموضع الذي يباع فيه الحنطة ودقيقها ولهذا لو حلف لا يشتري طعاما أو وكل وكيلا بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الحنطة ودقيقها خاصة والإقرار من جنس التجارة فمطلق لفظ الطعام فيه يتناول الحنطة دون الشعير.

ولو قال: له عندي ألف درهم قرض ووديعة فهو ضامن لنصفها قرضا والنصف الآخر وديعة؛ لأن قوله قرض ووديعة تفسير للألف فيتنصف بينهما إذ هما **لا يجتمعان** في محل واحد. وكذلك لو قال: مضاربة وقرض، فإن وصل الكلام، فقال: مائة منها قرض وتسعمائة مضاربة فالقول قوله لأن ظاهر كلامه أنه ينزل على النصف من كل واحد منهما مع احتمال التفاوت، وكان هذا بيانا معتبرا لظاهر لفظه بما هو محتمل ومثل هذا البيان يصح موصولا لا مفصولا. وكذلك لو قال: له قبلي كر من حنطة وشعير الحنطة محتوم والشعير تسعة وثلاثون محتوما قبل بيانه موصولا لما قلنا.

ولو قال: له عندي ألف درهم هبة أو وديعة فإنها وديعة ولا يكون هبة؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض، وهو لم يقبضها، وكانت وديعة.

ولو قال: غصبتك شياها كثيرة فهو على أربعين شاة لما قلنا أن التنصيص على ما يستفاد به الغنى من هذا الجنس وأدناه أربعون شاة.

ولو قال: غصبتك إبلا كثيرة فهو خمسة وعشرون؛ لأن الكثير ما يحتمل الوجوب من جنسه، فأما الخمسة، وإن كانت نصاب الزكاة، ولكنها قليلة من هذا الجنس ولقلتها لا تحتمل الوجوب من جنسها والكثير من هذا الجنس ما يحتمل الوجوب من جنسه وأدنى ذلك خمسة وعشرون.

وإذا قال: حنطة كثيرة فهي خمسة أوسق في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله بناء على أصلهما أن النصاب الذي يجب فيه العشر خمسة أوسق والوسق ستون صاعا، ولم يبين قول أبي حنيفة – رحمه الله – فيه وقيل: البيان فيه إلى المقر على قوله بعد أن يبين أكثر مما يتناوله اسم الحنطة أن لو أقر بها مطلقا؛ لأنه لو أقر بالحنطة مطلقا وبينه بالربع كان مقبولا منه، فإذا نص منه على صفة الكثرة لا بد من أن يبين أكثر من ذلك على وجه يحتمله هذا اللفظ.

لو أقر أن الوديعة التي عند فلان لفلان فهو جائز، وليس للمقر له أن يأخذها من المستودع، ولكن." [1]

"وبالعبد فمات العبد في يدي المطلوب وأقام المدعي البينة أن العبد عنده فإن القاضي يقضي له بقيمة العبد على المطلوب، وإن شاء على الكفيل؛ لأنه ثبت بالبينة أن العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل رد القيمة عند تعذر رد العين كما أنها واجبة على الأصيل، وإن لم يقم البينة ولكن المطلوب نكل عن اليمين فقضى عليه القاضي بالعبد فمات العبد قبل أن يقبضه؛ فإنه يقضي له بقيمته على الأصيل دون الكفيل؛ لأن نكوله كإقراره أو كبدله فلا يكون حجة على الكفيل إلا أن يقر الكفيل بمثل ذلك أو يأبى اليمين فيلزمه مثل ما يلزم المطلوب

ولو غصب رجل عبدا فضمنه رجل لصاحبه فهو ضامن له حتى يأتي به فإن هلك فعليه قيمته؛ لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل والقول قول الكفيل في قيمته لإنكاره الزيادة كالأصيل فإن أقر الغاصب بأكثر من ذلك؛ لزمه الفضل بإقراره ولا يصدق على الكفيل

ولو اشترى رجل جارية من رجل فقبضها وجاء آخر فادعاها وأخذ بها كفيلا وأقام البينة أنها جاريته فقضي له بها فقال المطلوب: قد ماتت أو أبقت، وقال الطالب: كذبت فإني أحبس الكفيل حتى يأتي بها كما أحبس فلانا الأصيل حتى يثبت إباقها فإن طال ذلك - يعني مدة الحبس - ضمنهما قيمتها مراعاة لحق الطالب إذا طلب، وإن قال: هي بمائة درهم وحلفا عليها، وقال الطالب: ألف درهم ضمنهما مائة درهم؛ لأن الزيادة انتفت أن تكون قيمتها ما لم يقم البينة بها. ويأخذ بها أيا شاء فإذا ظهرت الجارية بعد ذلك فهو بالخيار، إن شاء أخذ الجارية ورد القيمة، وإن شاء سلم الجارية وسلمت المائة له وقد بينا هذا في كتاب الغصب قال: ولا يسع الغاصب أن يطأها ما كان للمغصوب منه فيها خيار؛ لأن المغصوب منه يملك الجارية من الغصب بالقيمة فيكون بمنزلة تمليكها بالبيع، وما بقي له الخيار - يعني للبائع - فليس للمشتري أن يطأها فهذا مثله ولو كانوا تصادقوا على القيمة أو قامت لهما بينة أو نكلا عن اليمين فأخذها المغصوب منه ثم ظهرت الجارية؛ لم يكن للمغصوب منه عليها سبيل؛ لأن قبضه القيمة رضا منه بخروجها عن ملكه فإن البدل والمبدل **لا يجتمعان** في ملك. وكان للغاصب أن يطأها بعد أن يستبرئها بحيضة لتمام التملك فيها

وإذا كان عبد في يدي رجل فادعاه رجل وأخذ منه كفيلا به ووكل في خصومته ولم يغب المطلوب وغيب العبد فإن الكفيل يحبس حتى يجيء به بعينه؛ لأنه التزم بالكفالة إحضاره، وكذلك لو ظهر المطلوب وغيب العبد؛ حبس حتى يأتي به؛ لأنه في تغييبه قاصدا الإضرار بالمدعي فإنه لا يتمكن من إقامة البينة على استحقاق العين إلا بمحضر منه. فإن قال." [2]

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٠٢/١٨

(٢) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٢١/٢٠

"من ربي النخيل عامل في نخيل نفسه إذ لا عقد بينه وبين العامل، ولكن العامل أجر الآخر بنصف نصيبه ليعمل له وذلك جائز. ولو اشترطوا أن يعملا جميعا مع العامل على أن الخارج بينهم أثلاثا – فهو فاسد؛ لأن كل واحد منهما استأجر العامل ببعض نصيبه وشرط عمله معه فهذه معاملة لا يوجد فيها التخلية بين النخيل وبين العامل. ولو كانا شرطا العمل على العامل وحده في سنة بعد هذه السنة أو بعد ثلاث سنين – فهو جائز لأن المعاملة بمنزلة الإجارة، وإضافة الإجارة إلى وقت معلوم في المستقبل جائز، وعطف العقد الجائز على العقد الفاسد لا يفسد المعطوف؛ لأنهما **لا يجتمعان** في وقت واحد. وكذلك المزارعة على هذا من أيهما كان البذر؛ لأن في المزارعة استئجار الأرض واستئجار العامل إن كان البذر من رب الأرض.

وإذا دفع الرجلان إلى الرجلين نخلا لهما معاملة هذه السنة على أن يقوما عليه فما خرج فللعاملين نصفه: لواحد منهما بعينه ثلثا ذلك النصف، وللآخر ثلثه، والباقي بين صاحبي النخل نصفان – فهو جائز على ما اشترطوا؛ لأنهما استأجرا كل واحد منهما بجزء معلوم من نصيبهما وفاوتا بين العاملين في مقدار الأجر، وذلك لا يمنع جواز العقد؛ لأنهما يستحقانه بعملهما وقد يتفاوتان في العمل من حيث الحذاقة أو الكثرة. ولو اشترطوا أن النصف بين العاملين نصفان، وما بقي من صاحبي النخل: ثلثه لأحدهما بعينه، وثلثاه للآخر – فالمعاملة فاسدة؛ لأنه لا يبقى لكل واحد منهما بعد ما اشترطا للعاملين إلا ربع الخارج، فاشتراط أحدهما الزيادة على ذلك لنفسه من نصيب صاحبه طمع في غير مطمع؛ إذ هو اشتراط أجرة بعض أجره عملها له على شريكه، وذلك مفسد لعقد المعاملة. ولو اشترطوا أن النصف للعاملين: من نصيب أحدهما بعينه ثلثا ذلك النصف، ومن نصيب الآخر ثلثه، والباقي بين صاحبي النخيل: ثلثاه للذي شرط الثلث، وثلثه للذي شرط الثلثين – فهو جائز على ما اشترطوا؛ لأن كل واحد منهما استأجر العاملين للعمل في نصيبه بجزء معلوم من نصيبه، وما شرط لنفسه إلا مقدار الباقي من نصيبه بعد ما شرط للعاملين، وهذا ثابت بدون الشرط فلا يزيده الشرط إلا وكادة. ولو اشترطوا أن النصف الباقي بين صاحبي النخل: ثلثاه للذي شرط الثلثين، وثلثه للذي شرط الثلث – كانت المعاملة فاسدة؛ لأن أحدهما شرط لنفسه زيادة على الباقي من نصيبه، وذلك منه طمع في غير مطمع، وهو بالشرط الثاني كأنه جعل بعض ما استوجبه للعاملين أجرة مشروطة على صاحبه. ولو اشترطوا ثلث الخارج لأحد العاملين بعينه، وثلثاه لصاحبي النخل، وللعامل الآخر أجر مائة درهم على صاحبي النخل – جاز؛ لأنهما استأجرا أحد العاملين بثلث الخارج." (١)

"مغيرا للحكم يعتبر فيه السلطان كتغيير الفرائض من الأربع إلى الركعتين يوم الجمعة، وإقامة الخطبة مقام الركعتين يعتبر فيه السلطان، ولا يقوم في ذلك غير مقامه، وفي كل موضع، وجب الحد على المكره لا يجب المهر لها، وقد بينا هذا في الحدود إذ الحد، والمهر **لا يجتمعان** عندنا بسبب فعل واحد خلافا للشافعي – رحمه الله –، وفي كل موضع سقط الحد، وجب المهر؛ لأن الواطئ في غير الملك لا ينفك عن حد، أو مهر، فإذا سقط الحد، وجب المهر لإظهار خطر المحل، فإنه مصون عن الابتذال محترم كاحترام النفوس، ويستوي إن كانت أذنت له في ذلك، أو استكرهها أما إذا استكرهها، فغير

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١١٣/٢٣

مشكل؛ لأن المهر يجب عوضا عما أتلف عليه، ولم يوجد الرضا منها بسقوط حقها، وأما إذا أذنت له في ذلك، فلأنه لا يحل لها شرعا أن تأذن في ذلك، فيكون إذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا بمنزلة إذن الصبي، والمجنون في إتلاف ماله، أو هي متهمة في هذا الإذن لما لها في هذا الإذن من الحظ، فجعل الشرع إذنها غير معتبر للتهمة، ووجوب الضمان لصيانة المحل عن الابتذال، والحاجة إلى الصيانة لا تنعدم بالإذن.

(ألا ترى) أنها لو زوجت نفسها بغير مهر، وجب المهر، ولو مكنت نفسها بعقد فاسد حتى وطئها الزوج، ولم يكن سمى لها مالا وجب المال، فهذا مثله، وهو واجب في الوجهين.

أما إذا استكرهها، فإنه ظالم، وحرمة الظلم حرمة باتة، وكذلك إذا أذنت له في ذلك؛ لأن إذنها لغو غير معتبر، ثم حرمة الزنا حرمة باتة لا استثناء فيها، ولم يحل في شيء من الأديان بخلاف حرمة الميتة، ولحم الخنزير، فتلك الحرمة مقيدة بحالة الاختيار لوجود التنصيص على استثناء حالة الضرورة في قوله تعالى ﴿إلا ما اضطررتم إليه﴾ [الأنعام: ١١٩]، وإن امتنع من الزنا حتى قتل كان مأجورا في ذلك؛ لأنه امتنع من ارتكاب الحرام، وبذل نفسه ابتغاء مرضاة الله تعالى في الوقوف على حد الدين بالتحرز عن مجاوزته، وفيما يرخص له فيه، وهو إجراء كلمة الشرك، وقد بينا أنه إذا امتنع حتى قتل كان مأجورا، فما لا رخصة فيه أولى، وإن كان الإكراه على الزنا بحبس، ففعل ذلك كان عليه الحد؛ لأن تمكن الشبهة باعتبار الإلجاء، وبسبب الإكراه بالحبس لا يتحقق الإلجاء فوجوده وعدمه في حق الحكم سواء. .

ولو قال له: لأقتلنك، أو لتقطعن يد هذا الرجل، فقال له ذلك الرجل: قد أذنت لك في القطع، فاقطعه، وهو غير مكره لا يسع المكره أن يقطع يده؛ لأن هذا من المظالم، وليس المقصود بالفعل أن يأذن في ذلك شرعا؛ لأنه يبذل طرفه لدفع الهلاك عن غيره، وذلك لا يسعه كما لو رأى مضطرا، فأراد أن يقطع يد نفسه ليدفعها إليه حتى يأكلها، ولا يسعه ذلك فهذا مثله، ولو لم." (١)

"يعقل البيع، والشراء فهو مأذون له في التجارات كلها مثل العبد المأذون عندنا، وقال الشافعي – رحمه الله –: الإذن له في التجارة باطل إذا كان صغيرا أو معتوها حرا كان أو مملوكا وأصل المسألة أن عبارته صالحة للعقود الشرعية عندنا فيما يتردد بين المنفعة، والمضرة وعنده هي غير صالحة حتى لو توكل بالتصرف عن الغير نفذ تصرفه عندنا ولم ينفذ عنده احتج بقوله تعالى: ﴿حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا﴾ [النساء: ٦] فقد شرط البلوغ وإيناس الرشد لجواز دفع المال إليه وتمكينه من التصرف فيه فدل أنه ليس بأهل للتصرف قبل ذلك قال تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما﴾ [النساء: ٥]، والمراد الصبيان، والمجانين أنه لا يدفع إليهم أموالهم بدليل قوله تعالى ﴿وارزقوهم فيها واكسوهم﴾ [النساء: ٥] فالإذن له في التجارة لا ينفك عن دفع المال إليه ليتجر فيه، والمعنى فيه أنه غير مخاطب فلا يكون أهلا للتصرف كالذي لا يعقل وهذا؛ لأن التصرف كلام، وإنما تبنى الأهلية على كونه أهلا لكلام ملزم شرعا وذلك ينبني على الخطاب.

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٩٠/٢٤

(ألا ترى) أنه لعدم الخطاب بقي مولى عليه في هذه التصرفات ولو صار باعتبار عقله أهلا لمباشرتها لم يبق مولى عليه فيها؛ لأن كونه مولى عليه لعجزه عن المباشرة لنفسه، والأهلية للتصرف آية القدرة وهما متضادان **فلا يجتمعان**.

يوضحه أن اعتبار عقله مع النقصان لأجل الضرورة، وإنما تتحقق هذه الضرورة فيما لا يمكن تحصيله بوليه فجعل عقله في ذلك معتبرا؛ ولهذا صحت منه الوصية بأعمال البر وخيرته بين الأبوين ولا تتحقق الضرورة فيما يمكن تحصيله بوليه فلا حاجة إلى اعتبار عقله فيه ولأن ما به كان محجورا عليه لم يزل بالإذن فإن الحجر عليه لأجل الصبا أو لنقصان عقله لا لحق الغير في ماله إذ لا حق لأحد في ماله وهذا المعنى بعد الإذن قائم، والدليل عليه أن للمولى أن يحجر عليه فلو زال سبب الحجر بإذن الولي لم يكن له الحجر عليه بعد ذلك وهذا بخلاف العبد فإن الحجر هناك لحق المولى في كسبه ورقبته وبالإذن صار المولى راضيا بتصرفه في كسبه وبخلاف السفيه فالحجر عليه لمكابرة عقله وذلك ليس بوصف لازم ولا يجوز الإذن له إلا بعد زواله إلا أن إذن القاضي إياه دليل زواله وحجتنا في ذلك قوله تعالى ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح﴾ [النساء: ٦]، والابتلاء هو الامتحان بالإذن له في التجارة ليعرف رشده وصلاحه فلو تصرف بدون مباشرتهم لا يتم به معنى الابتلاء، ثم علق إلزام دفع المال إليه بالبلوغ وذلك عبارة عن زوال ولاية الولي عنه وبه نقول إن ذلك لا يثبت ما لم يبلغ، وقال تعالى: ﴿وآتوا اليتامى أموالهم﴾ [النساء: ٢] واسم اليتيم حقيقة يتناول الصغير فعرفنا أن دفع المال إليه وتمكينه." (١)

"مناقضا في دعواه ولو أقر بذلك عند القاضي أخذ بذلك وأبطل البيع بينهما لتصادقهما على بطلان البيع.

وإذا اشترى الرجل وباع ولا يدرى أحر هو أو عبد فلحقه دين كثير، ثم قال أنا عبد فلان وصدقه فلان، وقال هو عبدي محجور عليه، وقال الغرماء هو حر فالدين لازم للعبد يباع به إلا أن يفديه مولاه؛ لأن الظاهر من حال مجهول الحال الحرية وقد ثبت للغرماء حق مطالبته بديونهم في الحال فهو إذا أقر بالرق وصدقه المولى فقد زعما أن حق الغرماء متأخر إلى ما بعد عتقه وذلك غير مقبول منهما في حق الغرماء كما لو ادعى المديون أجلا في الدين، ثم ليس من ضرورة ثبوت الرق بإقراره أن تتأخر ديونهم إلى ما بعد العتق بل يجوز أن يكون مطالبا بالدين في الحال، وإن كان رقيقا كالعبد المأذون أو المحجور في دين الاستهلاك فهو نظير مجهولة الحال إذا أقرت بالرق لا يقبل إقرارها في إبطال النكاح لهذا المعنى وإذا بقي مطالبا في الحال بالدين وهو رقيق بيع فيه إلا أن يفديه مولاه؛ لأنه ظهر وجوب هذا الدين في حق المولى، والدين لا يجب على العبد إلا شاغلا مالية رقبته ولو جنى عبده جناية بإقرار أو ببينة، ثم قال أنا عبد فلان فصدقه فلان بذلك، وقال ولي الجناية بل هو حر فهو عبد لفلان ولا حق لأصحاب الجناية في رقبته؛ لأنهم ينكرون تعلق الجناية برقبته ويزعمون أن حقهم على عاقلته ولا يعرف له عاقلة، ثم بين ثبوت الرق بإقراره ووجوب أرش الجناية على عاقلته منافاة وبين حريته كما زعموا واستحقاق رقبته بالجناية منافاة، والمتنافيان **لا يجتمعان**.

وإقرار صاحب الحق معتبر في حقه لا محالة فإذا أقر أنه حر لم يكن له على أخذ – الرقبة سبيل بخلاف الأول فالدين هناك

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٢٥/٢١

واجب عليه حرا كان أو عبدا إلا أنه إذا ثبت رقه يستوفي الدين من مالية رقبته أو من كسبه وقد ثبت رقه بإقراره وكذلك عبد مأذون عليه دين فقال غرماؤه لمولاه قد أعتقته، وقال المولى: لم أعتقه فإن العبد يباع للغرماء؛ لأنهم يدعون العتق، والضمان على المولى، والمولى منكر فإذا لم يثبت عتقه بقي مستحق البيع في الدين كما كان ولو كان جنى جناية فقال أصحاب الجناية للمولى: قد أعتقته، وقال المولى: لم أعتقه فالعبد عبد المولى على حاله لإنكاره العتق ولا شيء لأصحاب الجناية؛ لأنهم يزعمون أنه لم يبق لهم حق قبل العبد، وإنما حقهم قبل المولى وهو الفداء إذا كان عالما، والقيمة بالاستهلاك إذا لم يكن عالما ولا يستحقون ذلك على المولى إلا بإقامة البينة على العتق وسقط حقهم عن العبد لإقرارهم بأنه لا حق لهم في رقبته بخلاف الدين فهناك ما أقروا بسقوط حقهم عن ذمة العبد بالعتق (ألا ترى) أن ما ادعوا.." (١)

"عرف من مقصود المشتري إذ مقصوده كان هو الإحراز دون الإتلاف وقد صب الرطل الأول في القارورة وهي صحيحة فصار المشتري قابضا لذلك الرطل بملكه، ثم انكسرت القارورة فسال ذلك الرطل بعد ما صار المشتري قابضا فيلزمه ثمنه، ثم بالانكسار خرجت القارورة من أن تكون وعاء فبطل حكم أمر المشتري فصار البائع بصب ما بقي فيها متلفا المبيع بغير أمر المشتري فسقط عن المشتري ثمن ما بقي لانفساخ البيع فيه بإتلاف البائع.

وإن كان الرطل الأول لم يسل كله حين صب البائع الرطل الثاني فيه فالبائع ضامن لما بقي من الرطل الأول في القارورة؛ لأن المبيع لما انفسخ فيما بقي من الوجه الذي قررنا تبين أن البائع خلط ما بقي من الرطل الأول في القارورة بمال نفسه ومن خلط زيت غيره بزيت نفسه يكون ضامنا لصاحبه؛ فلهذا ضمن ما بقي سواء كان نصف الرطل أو ثلثه أو ربعه، ولو كانت القارورة مكسورة حين دفعها إليه فأمره أن يكيل فيها ولا يعلمان بذلك فكال البائع فيها عشرة أرطال فسالت كلها فالثمن كله لازم على العبد؛ لأنه حين أمره لم تكن القارورة وعاء صالحا لإحراز الدهن فيها فكان ذلك بمنزلة أمره إياه بالإتلاف ومن اشترى شيئا بعينه، ثم أمر البائع أن يتلفه ففعل تقرر على المشتري جميع الثمن فكذلك هذا والحر والعبد في هذا سواء؛ لأن إتلاف البائع بأمر المشترى كإتلاف المشتري بنفسه وقد بينا أن في حكم القبض والإتلاف الحر والعبد سواء ولا معتبر بعلم المشتري وجهله بذلك؛ لأنا لو اعتبرنا جهله بذلك لدفع الضرر عنه كان فيه إضرار بالبائع وكما يجب دفع ضرر المشتري يجب دفع ضرر البائع ولأنه صرح بالأمر بالصب فيه ومع التصريح لا معتبر بجهله كما لو قال لرجل أتلف هذا المال فأتلفه، ثم تبين أنه كان للآمر ولم يكن عالما به لم يضمن المأمور شيئا.

وهذا بخلاف الأول فهناك إنما صرح بالأمر بالإحراز لكون القارورة صحيحة عند الأمر بالصب فيها فلا يكون هذا الأمر بالإتلاف صريحا؛ فلهذا قيدناه بحال بقاء القارورة صحيحة.

وإذا اشترى المأذون جارية فقبضها بغير إذن البائع قبل نقد الثمن فماتت عنده أو قتلها مولاها ولا دين على العبد أو أعتقها لم يكن للبائع أن يضمن العبد ولا المولى قيمتها؛ لأنها صارت مضمونة عليه بالثمن بهذا القبض وضمان القيمة مع ضمان الثمن **لا يجتمعان** ولكنه يطالب العبد بالثمن فيباع له فيه فإن نقص ثمنه عن حقه كان على المولى تمام ذلك من قيمة الجارية

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٧٤/٢٥

التي استهلكها؛ لأن الجارية صارت كسبا للعبد وقد أتلفها المولى بالقتل أو الإعتاق فلا يسلم له ذلك إلا بشرط الفراغ من دين العبد فإذا لم يف ثمن العبد بثمن الجارية." (١)

"طرف العبد مضمونا بالقصاص بطرف الحر، ولا أجمعنا على أنه لو قطع إحدى اليدين من العبد يغرم نصف القيمة، ولا يملك به شيئا من الجثة بل يكون ذلك بدلا عن الفائت خاصة فكذلك إذا قطع اليدين اعتبارا للكل بالبعض وأصحابنا يقولون يوفر على المولى كمال بدل ملكه وملكه محتمل للنقل فلا يحتمل للبدل على نفسه على ملكه كالغاصب إذا أخذ منه المغصوب القيمة بطريق الصلح بالاتفاق أو بقضاء القاضي عندنا، وهذا لأن البدل والمبدل **لا يجتمعان** في ملك رجل والضمان إنما يجب جبرا للفائت فمع بقاء أصل ملكه في العين لا يملك إيجاب الضمان بطريق الجبران، ثم الدليل على أن الواجب هاهنا بدل عن جميع العبد؛ لأن الواجب يقدر بمالية العبد وأن العبد صار في حكم المستهلك لفوات منفعة الجنس منه، ولو كان مستهلكا حقيقة كان الواجب من القيمة بدلا عنه فكذلك إذا صار مستهلكا حكما، وإذا ثبت أن الواجب بدل عن الكل فيملك به ما يحتمل التمليك دون ما لا يحتمله، والجثة وإن كانت مستهلكة حكما فهي محل التمليك بخلاف ما إذا كانت مستهلكة حقيقة، فأما في الحر لا يمكن أن يجعل بمقابلة الجثة إذ لا قيمة للحربي الحر؛ لأن جعل القيمة بمقابلة الجثة إنما يجعل ليتملك والحر لا يحتمل ذلك، فلو جعلنا الدية بمقابلة الجثة إنما يجعل ليتمكن من إتلافه الجثة، وهذا لا وجه له.

فأما إذا قطع إحدى اليدين من العبد فهناك الجثة قائمة حقيقة وحكما لبقاء منفعتها فيجعل الواجب بمقابلة المتلف خاصة، وهذا لأن الواجب جزء من مالية المعتق والفائت جزء من العين فيمكن جعل الجزء بمقابلة الجزء وها هنا الواجب جميع مالية العين والفائت جزء من العين حقيقة وجميع المالية لا يمكن أن تجعل بمقابلة الجزء فلهذا جعلنا القيمة بمقابلة الكل يوضحه أنه إذا غرم نصف القيمة بقطع إحدى اليدين، فأما إن ملك نصفا معينا من جانب اليد المقطوعة والحيوان لا يحتمل ذلك أو نصفا شائعا من جميع العبد فيكون ذلك ثلاثة أرباعه معنى؛ لأن اليد من الآدمي نصفه، وقد فات النصف وملك نصف فما بقي فذلك ثلاثة أرباع، ولا يجوز أن يسلم ثلاثة أرباعه بضمان نصف القيمة، فأما هاهنا الواجب جميع مالية العين، ولا يسلم له إلا جميع مالية العين تمليكا وإتلافا، فإن أبى المولى أن يدفع الجثة لم يكن له أن يرجع بشيء على الجاني في قول أبي حنيفة – رحمه الله –، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يرجع بنقصان المالية.

وفي ظاهر المذهب عندنا الخيار ثبت للمولى بين أن يدفع الجثة ويأخذ القيمة وبين أن يمسك ويأخذ النقصان وكان أبو بكر الأعمش – رحمه الله – يقول الخيار للجاني بين أن يأخذ الجثة ويغرم القيمة وبين أن يغرم النقصان." (٢)

"ولو أوصى بعبده لرجل، ثم أوصى بذلك العبد أن يعتق أو يدبر فهذا رجوع عن الوصية الأولى؛ لأن بين الوصيتين في محل واحد منافاة يعني التمليك والعتق بعد موته فالإقدام على الثانية منه دليل الرجوع عن الأولى؛ ولأنه صرفه بالوصية الثانية إلى حاجته واستثنى ولاء لنفسه.

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٨٣/٢٥

(٢) المبسوط للسرخسي السرخسي ٩٧/٢٧

ولو صرفه إلى حاجته في حياته كان به راجعا عن الوصية الأولى أرأيت لو لم يكن راجعا فأعتق الوصي نصفه عن الميت كان يضمن للموصى له النصف الباقي من تركة الميت أو يستسعى الغلام فيه أو يكون شريكا في الغلام هذا كله مستبعد قال.

ولو أوصى بعبده لرجل، ثم أوصى أن يباع من آخر بثمن سمي حط عنه الثلث، ولا مال له غيره فللموصى له بالبيع أن يشتري خمسة أسداس العبد بثلثي قيمته إن شاء أو يدع؛ لأن الوصية بالمحاباة بمنزلة سائر الوصايا، وقد استوت الوصيتان من حيث استغراق كل واحد منهما الثلث بينهما نصفان لصاحب البيع نصفه، وهو السدس وللآخر نصف الثلث، وهو سدس الرقبة، ولا يقال: ينبغي أن يباع جميع العبد من الموصى له بالبيع بخمسة أسداس قيمته؛ لأن الوصية بالرقبة وصية بالعين فلا يمكن تنفيذها من محل آخر بسوى العين، وإن أبى الموصى له بالبيع أن يشتريها كان للموصى له بالعين ثلث الرقبة؛ لأن الوصية بالمحاباة كانت في ضمن البيع، وقد بطلت الوصية بالبيع حين ردها الموصى له فيسلم الثلث للموصي من ذلك له بالرقبة.

ولو أوصى بعتقه، ثم أوصى له أن يباع، وعلى عكس هذا قال آخر بالآخر؛ لأن هاتين الوصيتين **لا يجتمعان** في محل واحد والثانية منهما دليل الرجوع عن الأولى فهو كالتصريح بالرجوع، وإذا أوصى بعبده أن يباع ولم يزد أو أوصى بأن يباع بقيمته، فهو باطل؛ لأنه ليس في هذه الوصية معنى القربة فيجب تنفيذها بحق الموصي ولا حق فيها للعبد أيضا؛ لأن صفة المملوكية فيه لا تختلف بالبيع إنما يتغير النسبة من حيث إنه ينسب إلى المشتري بالملك بعد ما كان منسوبا إلى البائع، ولا يمكن تنفيذها لحق الموصى له، وهو المشتري؛ لأنه مجهول جهالة نسبة.

ولو أوصى أن يباع نسيئة صحت الوصية بنسبة البيع للعتق بأن يحسن العبد خدمة مولاه فيرغب في إعتاقه، ولا يتمكن من ذلك لغلة ماله فيبيعه نسيئة، ويحط من ثمنه ممن يعتقه ليحصل به ما هو مقصود، وهو تخليص العبد عن ذل الرق، وهو معنى قوله – عليه الصلاة والسلام – لبعض أصحابه «فك الرقبة وأعتق النسمة» الحديث في تنفيذ هذه الوصية حق الموصي وحق العبد فيجب تنفيذها لذلك، ثم يباع كما أوصى، ويحط من ثمنه مقدار الثلث إن لم يجد من يزيدهم على ذلك، ولأن معدن الوصية الثلث وفي تنفيذ هذه الوصية حق الموصي فيجب." (١)

"والضرورة التي اعتادوها لا تتحقق فإنا أمرنا أن نمنعهم من الاجتماع للعب فتندفع هذه الضرورة بمنعنا إياهم عن ذلك.

ولا يستحلف المدعي شهوده عندنا وكان ابن أبي ليلى يقول عليه اليمين مع شهوده على قول علي بن أبي طالب – رضي الله عنه – ولكنا لا نأخذ به لقوله – عليه السلام – «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فهذا دليل على أنه لا يمين في جانب المدعي ولأن التقسيم الذي ذكره صاحب الشرع – عليه السلام – دليل على أنهما **لا يجتمعان** في جانب واحد يعني البينة واليمين.

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٨/٢٨

وإذا لم يكن للمدعي شهود كان اليمين على المدعى عليه فإن قال المدعى عليه أنا أرد اليمين فإنه لا ترد اليمين عليه عندنا وقال ابن أبي ليلى إذا اتهمت المدعي رددت اليمين عليه في دعوى الديون لأنها مشروعة لدفع التهمة بها ولكنا نقول: اليمين لإبقاء ما كان على ما كان لا لإثبات ما لم يكن وحاجة المدعي إلى إثبات ما لم يكن ثابتا واليمين لا تصلح حجة في ذلك ثم هو مخالف للنص فإن «النبي – صلى الله عليه وسلم – قال للمدعي ليس لك إلا هذا شاهداك أو يمينه» فهو تنصيص على أنه لا يمين في جانب المدعي قال وكان ابن أبي ليلى – رحمه الله – يستحلف على الصلح في الميراث وغيره ونحن نقول أيضا يستحلف على الصلح في الميراث وغيره فإما أن يكون مراده من ذلك أنه كان يستحلف المدعي فيتحقق فيه الخلاف أو مراده أنه كان يستحلف في ذلك من غير طلب المدعي فيتحقق فيه الخلاف لأن عندنا لا يستحلف في ذلك من غير طلب فيتحقق فيه الخلاف لأن عندنا لا يستحلف إلا عند طلب المدعي فإن اليمين حق المدعي بدليل ما روينا فيه فإنما يستحلف عند طلبه أو يكون مراده أنه يستحلف على العلم في الصلح في الميراث وغيره وعندنا يستحلف على الثبات إذا كان يدعي عليه صلحا باشره لأنه استحلاف على فعل نفسه فيكون على الثبات.

وإذا مات الرجل وترك امرأة وولدا ولم يقر بحبل امرأته فجاءت بولد بعد موته بأيام وشهدت امرأة على ولادتها لم يثبت نسبه فلم يرث في قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى – رحمه الله – يثبت نسبه وهو يرث وهو قول أبي يوسف ومحمد وقد تقدم بيان المسألة في كتاب الطلاق أن عند أبي حنيفة شهادة المرأة الواحدة لا تكون حجة على الولادة في إثبات النسب إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو فراش قائم أو إقرار من الزوج بالحبل وعند انعدام هذه المعاني لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وعند أبي يوسف ومحمد شهادة القابلة على الولادة حجة تامة لإثبات النسب بدون هذه الشروط وقول ابن أبي ليلى – رحمه الله – كقولهما.

وإذا كان للرجل عبدان ولدا في ملكه." (١)

"وجود الملك عند وجود الشرط على مذهبه وقد وجد الشرط هنا بالبيع فيترك العتق بالسبب الذي صح منه قبل البيع ويصير به معلقا رقبته فيبطل البيع ويعتق من مال البائع وعندنا يشترط قيام الملك في المحل عند نزول الجزاء لأن الإيجاب إنما يتصل بالمحل بعد وجود الشرط والشرط هنا هو البيع فإذا زال ملكه بالبيع فقد انعدم الملك في المحل عند وجود الشرط فينحل اليمين ولا يعتق العبد بل يبقى على ملك المشتري وعلى هذا الأصل لو قال لعبده إن كلمت فلانا فأنت حر ثم باعه ثم كلم فلانا أو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا إن كلمت فلانا ثم طلقها واحدة بائنة وانقضت عدتها ثم كلمت فلانا عندنا لا يقع الثلاث وعند ابن أبي ليلى يقع.

وإذا استأجر دابة إلى مكان فجاوز بها المكان ثم عطبت بعد ضمن قيمتها عندنا ولم يسقط عنه الأجر وعلى قول ابن أبي ليلى ليس عليه شيء من الأجر لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان** وقد تقرر عليه الضمان ولأنه بالضمان ملك المضمون ولا

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٥٤/٣٠

يوجب عليه الأجر بسبب الانتفاع بملك نفسه ولكنا نقول لما انتهى إلى ذلك المكان فقد انتهى العقد نهايته وتقرر الأجل دينا في ذمته ثم بالمجاوزة صار غاصبا ضامنا فلا يسقط عنه الأجر بذلك بمنزلة ما لو ردها على صاحبها ثم غصبها منه وهذا لأن الملك بالضمان إنما يثبت له من وقت وجوب الضمان عليه وذلك بعد المجاوزة والأجر إنما لزمه بمقابلة منافع استوفاها قبل ذلك.

وإذا أدرك الرجل الإمام وهو راكع فكبر معه ولم يركع حتى رفع رأسه فعندنا يسجد معه ولا يعتد بتلك الركعة وعند ابن أبي ليلى يركع ويسجد ويعتد بها لأن حالة الركوع بمنزلة حالة القيام فإن القائم إنما يفارق القاعد في استواء النصف الأسفل منه دون النصف الأعلى والراكع في هذا والمنتصف سواء ولهذا لو ركع معه كان مدركا للركعة فكان إدراكه إياه في حالة الركوع وإدراكه في حالة القيام سواء ولو أدركه قائما ثم سبقه الإمام بالركوع والسجود فإنه يتابعه يركع ويسجد ويكون مدركا للركعة فكذلك هنا ولكنا نقول شرط إدراك الركعة أن يشارك الإمام في حقيقة القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركا للركعة فإذا رفع الإمام رأسه قبل أن يركع هو فقد انعدمت المشاركة بينهما في القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع فإذا أدركه قائما فقد شاركه في حقيقة القيام وكان مدركا للركعة.
وأما إذا أدركه راكعا فهو لم يشاركه في حقيقة القيام فلا بد من أن يشركه فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركا للركعة فإذا رفع الإمام رأسه قبل أن يركع فقد انعدمت المشاركة بينهما في." (١)

"بشيء، وهذا، كما يقال أن من زنى في رمضان ناسيا لصومه، فهو مرتكب للكبيرة مستوجب للعقوبة ولكن لا يفسد به صومه؛ لأنه لم يكن عالما بالصوم، ولا قاصدا إلى الجناية عليه، وقد روي عن أبي يوسف – رحمه الله – في الأمالي أن الابن إذا زنى بامرأة أبيه قبل الدخول، وقد تعمد الفساد بأن أكرهها على ذلك لم يرجع الأب على الابن بما يغرم لها من نصف الصداق، وإذا قبلها وهي نائمة أو مكرهة رجع الأب عليه بما غرم من نصف الصداق؛ لأنه إذا زنى بها فعليه الحد والحد والمهر **لا يجتمعان** فلا يغرم شيئا من المهر، وإذا قبلها لم يلزمه الحد فيكون للأب أن يرجع عليه بنصف المهر، ولكن هذا ضعيف، فإن المهر لا يجب لها مع وجوب الحد على الواطئ وهنا نصف المهر على الواطئ إنما يجب للأب ومثل هذا يجتمع مع الحد لفقه، وهو أن المهر لها لا يجب إلا بالوطء، وقد وجب الحد بالوطء فلا يجب المهر، وأما حق الرجوع للأب على الواطئ فيثبت بالتقبيل والمس من غير وطء فهناك أن الحد وجب عليه بالوطء فيمكن إثبات الرجوع له عليه باعتبار فعل آخر، وهو التقبيل أو المس فاستقام الجمع بينهما والله أعلم بالصواب

[خاتمة الكتاب]
نحمدك يا من جعلت الشريعة الغراء كشجرة أصلها ثابت وفرعها في السماء ونصلي ونسلم على نهاية خلاصة الأصفياء وذخيرة نخبة العظماء من الأنبياء سيدنا محمد الصادق الأمين القائل «من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين». وعلى آله

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٦٠/٣٠

وأصحابه الذين نجموا في جبهة الدنيا بدور هدى وكانوا – رضوان الله عليهم – خير قدوة لمن اقتدى وعلى التابعين من الأئمة المرشدين القائمين بعهده الراشدين برشده

وبعد، فإن من المقرر عند ذوي البصائر أن ظهور الإنسان بمظهر الشرف في الدارين ونيله درجات الكمال في الكونين إنما هو بتحلية الظاهر بالأعمال الصالحة الدينية بعد تزكية الباطن بالعقائد اليقينية. فالعلم المتكفل من بين العلوم ببيان الأولى لا ريب يكون بالاشتغال أولى، وهو علم الفقه الذي اعتنى بشأنه في كل عصر عصابة هم أهل الإصابة. فبينوا المعقول فيه والمنقول واستخرجوا أغصان الفروع من شعب الأصول وإبراز حقائقه بعد أن أحرزوا دقائقه وقنصوا شواره ونظموا قلائده وذللوا مصاعبه وقربوا مطالبه وألفوا فأجادوا وصنفوا فأفادوا، وأسنى ما ألف فيه وأبدعه وأعذبه موردا وأحكمه وأجمعه (كتاب المبسوط) في فقه مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان أنزل الله عليه غيث الرحمة وشآبيب الرضوان، تصنيف العلم النحرير ذي الإتقان والتحرير والحجة." (١)

"عشرية ولا الخراج إن كانت خراجية لفوات النماء حقيقة وتقديرا

ولو كانت له أرض عشرية وتمكن من زراعتها ولم يزرع لا يجب عليه العشر لأنه لم يوجد الخارج حقيقة

ولو كانت الأرض خراجية وتمكن من زراعتها ولم يزرع يجب عليه الخراج لوجود الخارج تقديرا

وعلى هذا قال أصحابنا إن العشر والخراج **لا يجتمعان** في أرض واحدة بل إن كانت عشرية يجب فيها العشر وإن كانت خراجية يجب الخراج وقال الشافعي يجتمعان

ولو استأجر أرضا عشرية وزرعها فالعشر على الأجر عند أبي حنيفة

وعندهما على المستأجر لأن العشر يجب في الخارج وهو ملك المستأجر ولكنأبا حنيفة يقول إن الزرع في المعنى حاصل للمؤاجر لحصول الأجر له فلو هلك الخارج قبل الحصار لا يجب العشر على الأجر وإن هلك بعد الحصاد لا يسقط العشر عن المؤاجر وعلى قولهما لو هلك قبل الحصاد أو بعده فإنه يهلك بما فيه

ولو أعارها من مسلم فزرعها فالعشر على المستعير بالاتفاق لأن الخارج له صورة ومعنى ولو هلك يهلك بما فيه

ولو دفعها مزارعة فعندهما المزارعة جائزة والعشر في الخارج وعندأبي حنيفة المزارعة فاسدة ولو خرج الزرع وأدرك فعشر الخارج كله على رب الأرض إلا أن في حصته يجب في عينه وفي حصة المزارع يكون دينا في ذمته

ولو غصبها غاصب فزرعها ينظر إن انتقصت الأرض بالزراعة فالعشر على رب الأرض وعلى الغاصب نقصان الأرض كأنه أجرها منه وهذا عند أبي حنيفة

وعندهما في الخارج." (٢)

"وأما حكم اللعان فهو ثبوت حق التفريق

فإذا تم اللعان يفرق القاضي بينهما ولا تقع الفرقة بنفس اللعان وهذا مذهب علمائنا

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٣٠/٣٠٩

(٢) تحفة الفقهاء السمرقندي، علاء الدين ٣٢٣/١

وقال زفر تقع الفرقة بلعانهما

وقال الشافعي بلعان الزوج

ثم اختلف أصحابنا فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد هي تطليقة بائنة فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة الاجتماع والتزوج إلى وقت الإكذاب وإقامة الحد

وقال أبو يوسف وزفر هي فرقة بغير طلاق توجب تحريما مؤبدا

وأصله قوله عليه السلام المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا

فأخذ أبو يوسف وزفر بظاهر الحديث وأبو حنيفة ومحمد أخذا بمعناه وهو أن المتلاعنين **لا يجتمعان** أبدا ما داما متلاعنين فإن حقيقة المتفاعل هو المتشاغل بالفعل حقيقة أو حكما فإذا زال اللعان حقيقة وحكما لا يبقى حكمه

ثم إذا وقعت الفرقة بتفريق القاضي وثبت حرمة الاجتماع فإذا أكذب الزوج نفسه وضرب الحد يباح له أن يتزوجها لأنه بطل القذف وخرج من أن يكون من أهل اللعان بصيرورته محدودا في القذف فلا يبقى اللعان

وكذلك إذا صدقته المرأة بعد الفرقة لأنها صارت معترفة وبطل القذف فبطل حكم اللعان

وكذا إذا حدت في قذف

فإن أخطأ القاضي فبدأ بالمرأة ثم بالرجل فإنه ينبغي له أن يعيد." [1]

"مأذون فيه فوجب الضمان دون الأجر لأنهما **لا يجتمعان**

وإن كان من جنسه فحمل المسمى وزاد عليه بأن حمل أحد عشر قفيزا مكان العشرة فإن سلمت الدابة فله ما سمى من الأجر وإن عطبت فهو ضامن لجزء من أحد عشر جزءا من أجزاء الدابة وعليه الأجر الذي سمي لأنها ماتت بفعل مأذون وغير مأذون فيقسم على قدر ذلك

فأما إذا كان ضرر الدابة لا من حيث الخفة والثقل بأن يستأجر دابة ليحمل عليها مائة من من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا أو أقل ضمن لأن ثقل القطن يكون على جميع العضو لأنه ينبسط على الموضع الذي حمل عليه فأما ثقل الحديد فيكون في موضوع واحد فيكون أثره أقوى في الضرر

وعلى هذا إذا استأجرها ليركبها فأركب من هو مثله في الثقل أو أخف ضمن لأن ذلك يختلف بالحذق والخرق ولو ركبها وأركب مع نفسه غيره فعطبت فإن كانت الدابة مما يمكن أن يركبها اثنان يضمن نصف قيمتها لأن التلف حصل بركوبهما فصار كما لو تلفت بجراحتهما وأحدهما غير مأذون وإن كان لا يمكن فعليه جميع قيمتها لأن هذا إتلاف منه

وعلى هذا إذا استأجر دابة بإكاف فأسرجها لا ضمان عليه لأن الضرر أقل لأنه يأخذ من الظهر أقل

وإن استأجر حمارا بسرج فأسرجه سرجا آخر فإن كان مثل الأول بأن يسرج به الحمار لا يضمن وإن أسرجه بسرج الفرس

---

(١) تحفة الفقهاء السمرقندي، علاء الدين ٢/٢٢٢

يضمن

فإن أوكفه ذكر في الأصل أنه يضمن بقدر ما زاد الإكاف على السرج وفي." [1]

"ثم إذا أقيم الحدان القطع والقتل فلا شيء عليهم من ضمان ما هلك من الأموال وضمان الجراحات والقتل لأن الحد مع الضمان **لا يجتمعان**

وأما إذا فات شيء من الشرائط حتى لا يقام الحد عليهم فإنه يحكم القاضي بما هو حكم ذلك الفعل بدون قطع الطريق حتى إذا أخذوا المال لا غير يجب الرد أو الضمان فإن قتلوا لا غير يجب القصاص لا الحد حتى إذا قتلوا بالسلاح يقتلوا ولا يقتلوا إذا قتلوا بغير السلاح

ولا يقتل الردء والمعين

وإن خرجوا إن أمكن استيفاء القصاص يقتص منهم وإلا فيجب الضمان

وأما البغاة فقوم لهم شوكة ومنعة وخالفوا المسلمين في بعض الأحكام بالتأويل كالخوارج وغيرهم وظهروا على بلدة من البلاد وكانوا في عسكر وأجروا أحكامهم

فإذا قطعوا الطريق على أهل العدل من المسافرين فلا يجب عليهم الحد لأنهم يدعون إباحة أموالهم عن تأويل ولهم منعة

ولو جاء رجل من أهل البغي تائبا وأتى بسارق قد سرق ماله من أهل البغي لا يقطعه الإمام العدل

ولو كان رجل منهم في دار أهل العدل فسرق مال أهل العدل يقطع وإن استحله لأنه لا منعة له والله تعالى أعلم." [2]

"والمعتبر في إقامة هذه السنة عندنا هو الإنقاء دون العدد، فإن حصل بحجر واحد كفاه، وإن لم يحصل بالثلاث زاد عليه، وعند الشافعي العدد مع الإنقاء شرط، حتى لو حصل الإنقاء بما دون الثلاث كمل الثلاث، ولو ترك لم يجزه.

واحتج الشافعي بما روينا عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال «من استجمر فليوتر» أمر بالإيتار، ومطلق الأمر للوجوب.

(ولنا) ما روينا من حديث «ابن مسعود – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه وسلم – سأله أحجار الاستنجاء فأتاه بحجرين وروثة فرمى الروثة» ، ولم يسأله حجرا ثالثا، ولو كان العدد فيه شرطا لسأله إذ لا يظن به ترك الواجب؛ ولأن الغرض منه هو التطهير وقد حصل بالواحد، ولا يجوز تنجيس الطاهر من غير ضرورة.

(وأما) الحديث فحجة عليه؛ لأن أقل الإيتار مرة واحدة، على أن الأمر بالإيتار ليس لعينه بل لحصول الطهارة فإذا حصلت بما دون الثلاث فقد حصل المقصود فينتهي حكم الأمر، وكذا استنجى بحجر واحد له ثلاثة أحرف؛ لأنه بمنزلة ثلاثة أحجار في تحصيل معنى الطهارة.

ويستنجي بيساره لما روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يأكل بيمينه، ويستجمر بيساره، وعن عائشة – رضي الله عنها – أن «النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يأكل بيمينه، ويستنجي بيساره» ، ولأن اليسار للأقذار.

---

(١) تحفة الفقهاء السمرقندي، علاء الدين ٣٥٩/٢

(٢) تحفة الفقهاء السمرقندي، علاء الدين ١٥٧/٣

وهذا إذا كانت النجاسة التي على المخرج قدر الدرهم، أو أقل منه، فإن كانت أكثر من قدر الدرهم لم يذكر في ظاهر الرواية، واختلف المشايخ فيه فقال بعضهم: لا يزول إلا بالغسل وقال بعضهم يزول بالأحجار، وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو الصحيح، لأن الشرع ورد بالاستنجاء بالأحجار مطلقا من غير فصل، وهذا كله إذا لم يتعد النجس المخرج فإن تعداه ينظر إن كان المتعدي أكثر من قدر الدرهم يجب غسله بالإجماع، وإن كان أقل من قدر الدرهم لا يجب غسله عند أبي حنيفة، وأبي يوسف وعند محمد يجب.

وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي أن النجاسة إذا تجاوزت مخرجها وجب غسلها، ولم يذكر خلاف أصحابنا لمحمد أن الكثير من النجاسة ليس بعفو، وهذا كثير، ولهما أن القدر الذي على المخرج قليل، وإنما يصير كثيرا بضم المتعدي إليه، وهما نجاستان مختلفتان في الحكم، **فلا يجتمعان** ألا يرى أن إحداهما تزول بالأحجار، والأخرى لا تزول إلا بالماء، وإذا اختلفتا في الحكم يعطى لكل واحدة منهما حكم نفسها، وهي في نفسها قليلة فكانت عفوا.

(وأما) بيان ما يستنجى منه فالاستنجاء مسنون من كل نجس يخرج من السبيلين له عين مرئية كالغائط، والبول، والمني، والودي، والمذي، والدم؛ لأن الاستنجاء للتطهير بتقليل النجاسة، وإذا كان النجس الخارج من السبيلين عينا مرئية تقع الحاجة إلى التطهير بالتقليل، ولا استنجاء في الريح؛ لأنها ليست بعين مرئية.

مطلب في السواك (ومنها) السواك لما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة» ، وفي رواية عند كل وضوء»، ولأنه مطهرة للفم على ما نطق به الحديث «السواك مطهرة للفم، ومرضاة للرب» عز وجل.

وروي عنه أنه قال «ما زال جبريل يوصيني بالسواك، حتى خشيت أن يدردني» .

وروي أنه قال «طهروا مسالك القرآن بالسواك» ، وله أن يستاك بأي سواك كان رطبا أو يابسا، مبلولا أو غير مبلول، صائما كان أو غير صائم، قبل الزوال أو بعده؛ لأن نصوص السواك مطلقة.

وعند الشافعي يكره السواك بعد الزوال للصائم لما يذكر في كتاب الصوم.

(وأما) الذي هو في ابتداء الوضوء (فمنها) النية عندنا، وعند الشافعي هي فريضة، والكلام في النية راجع إلى أصل، وهو أن معنى القربة، والعبادة غير لازم في الوضوء عندنا، وعنده لازم، ولهذا صح من الكافر عندنا خلافا له، واحتج بما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال «الوضوء شطر الإيمان» ، والإيمان عبادة فكذا شطره، ولهذا كان التيمم عبادة، حتى لا يصح بدون النية، وأنه خلف عن الوضوء، والخلف لا يخالف الأصل.

(ولنا) قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين﴾ [المائدة: ٦] أمر بالغسل، والمسح مطلقا عن شرط النية، ولا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل.

وقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا إلا عابري سبيل حتى تغتسلوا﴾ [النساء: ٤٣] نهى الجنب عن قربان الصلاة إذا لم يكن عابر سبيل إلى غاية الاغتسال مطلقا عن شرط النية، فيقتضي انتهاء حكم النهي عند الاغتسال المطلق، وعنده لا ينتهي إلا عند." (١)

"ولكن لم يواظب عليه، وهذا هو الفرق بين السنة، والأدب أن السنة ما، واظب عليه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ولم يتركه إلا مرة، أو مرتين لمعنى من المعاني،، والأدب ما فعله مرة، أو مرتين، ولم يواظب عليه.

[فصل بيان ما ينقض الوضوء]

(فصل) :

وأما بيان ما ينقض الوضوء فالذي ينقضه الحدث.

والكلام في الحدث في الأصل في موضعين: أحدهما: في بيان ماهيته، والثاني: في بيان حكمه، أما الأول فالحدث هو نوعان: حقيقي، وحكمي أما الحقيقي فقد اختلف فيه، قال أصحابنا الثلاثة: هو خروج النجس من الآدمي الحي، سواء كان من السبيلين الدبر والذكر أو فرج المرأة، أو من غير السبيلين الجرح، والقرح، والأنف من الدم، والقيح، والرعاف، والقيء وسواء كان الخارج من السبيلين معتادا كالبول، والغائط، والمني، والمذي، والودي، ودم الحيض، والنفاس، أو غير معتاد كدم الاستحاضة،.

وقال زفر: ظهور النجس من الآدمي الحي وقال مالك في قول: هو خروج النجس المعتاد من السبيل المعتاد، فلم يجعل دم الاستحاضة حدثا لكونه غير معتاد.

وقال الشافعي: هو خروج شيء من السبيلين فليس بحدث، وهو أحد قولي مالك.

وأما قول مالك فمخالف للسنة، وهو قوله – صلى الله عليه وسلم – «المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة» وقوله «للمستحاضة توضئي، وصلي، وإن قطر الدم على الحصير قطرا» وقوله توضئي فإنه دم عرق انفجر، ولأن المعنى الذي يقتضي كون الخروج من السبيلين حدثا لا يوجب الفصل بين المعتاد، وغير المعتاد لما يذكر، فالفصل يكون تحكما على الدليل.

وأما الكلام مع الشافعي فهو احتج بما روي عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه «قاء فغسل فمه، فقيل له: ألا تتوضأ وضوءك للصلاة؟ فقال: هكذا الوضوء من القيء» .

وعن عمر – رضي الله عنه – أنه حين طعن كان يصلي، والدم يسيل منه، ولأن خروج النجس من البدن زوال النجس عن البدن، وزوال النجس عن البدن كيف يوجب تنجيس البدن مع أنه لا نجس على أعضاء الوضوء حقيقة، وهذا هو القياس في السبيلين إلا أن الحكم هناك عرف بالنص غير معقول فيقتصر على مورد النص.

(ولنا) ما روي عن أبي أمامة الباهلي – رضي الله عنه – أنه قال: دخلت على رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فغرفت

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ١٩/١

له غرفة، فأكلها، فجاء المؤذن فقلت: الوضوء يا رسول الله، فقال – صلى الله عليه وسلم – إنما علينا الوضوء مما يخرج ليس مما يدخل وعلق الحكم بكل ما يخرج أو بمطلق الخارج من غير اعتبار المخرج، إلا أن خروج الطاهر ليس بمراد، فبقي خروج النجس مرادا.

وروي عن عائشة – رضي الله عنها – عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال «من قاء، أو رعف في صلاته فلينصرف، وليتوضأ، وليبن على صلاته ما لم يتكلم» ، والحديث حجة على الشافعي في فصلين في وجوب الوضوء بخروج النجس من غير السبيلين، وفي جواز البناء عند سبق الحدث في الصلاة.

وروي أنه قال لفاطمة بنت حبيش «توضئي فإنه دم عرق انفجر» أمرها بالوضوء، وعلل بانفجار دم العرق، لا بالمرور على المخرج، وعن تميم الداري عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «الوضوء من كل دم سائل» ، والأخبار في هذا الباب وردت مورد الاستفاضة، حتى روي عن عشرة من الصحابة أنهم قالوا مثل مذهبنا، وهم عمر، وعثمان، وعلي، وابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر وثوبان، وأبو الدرداء، وقيل في التاسع، والعاشر: إنهما زيد بن ثابت، وأبو موسى الأشعري، وهؤلاء فقهاء الصحابة متبع لهم في فتواهم، فيجب تقليدهم، وقيل: إنه مذهب العشرة المبشرين بالجنة، ولأن الخروج من السبيلين إنما كان حدثا؛ لأنه يوجب تنجيس ظاهر البدن لضرورة تنجس موضع الإصابة، فتزول الطهارة ضرورة، إذ النجاسة، والطهارة ضدان، **فلا يجتمعان** في محل واحد في زمان واحد، ومتى زالت الطهارة عن ظاهر البدن خرج من أن يكون أهلا للصلاة التي هي مناجاة مع الله تعالى، فيجب تطهيره بالماء ليصير أهلا لها، وما رواه الشافعي محتمل يحتمل أنه قاء أقل من ملء الفم.

وكذا اسم الوضوء يحتمل غسل الفم، فلا يكون حجة مع الاحتمال، أو محمله على ما قلنا توفيقا بين الدلائل.

وأما حديث عمر فليس فيه أنه كان يصلي بعد الطعن من غير تجديد الوضوء، بل يحتمل أنه توضأ بعد الطعن مع سيلان الدم، وصلى.

وبه نقول، كما في المستحاضة وقوله: " إن خروج النجس عن البدن زوال النجس عن البدن " فكيف يوجب تنجسه؟ مسلم أنه يزول به شيء من نجاسة الباطن، لكن يتنجس به الظاهر؛ لأن القدر الذي زال إليه أوجب زوال الطهارة عنه، والبدن في حكم الطهارة، والنجاسة لا يتجزأ، والعزيمة هي غسل كل البدن، إلا أنه أقيم غسل أعضاء الوضوء مقام غسل كل." (١)

"ونعني به سبب العلم في قول أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر، والمسألة ذكرت في كتاب الصلاة.

وأما العقل والبلوغ فليسا من شرائط أهلية وجوب العشر حتى يجب العشر في أرض الصبي والمجنون لعموم قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب، أو دالية ففيه نصف العشر» ؛ ولأن العشر مؤنة الأرض كالخراج ولهذا **لا يجتمعان** عندنا ولهذا يجوز للإمام أن يمد يده إليه فيأخذه جبرا ويسقط عن صاحب الأرض كما لو أدى

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٢٤/١

بنفسه إلا أنه إذا أدى بنفسه يقع عبادة فينال ثواب العبادة.
وإذا أخذها الإمام كرها لا يكون له ثواب فعل العبادة وإنما يكون ثواب ذهاب ماله في وجه الله تعالى بمنزلة ثواب المصائب كرها بخلاف الزكاة فإن الإمام لا يملك الأخذ جبرا وإن أخذ لا تسقط الزكاة عن صاحب المال؛ ولهذا لو مات من عليه العشر والطعام قائم يؤخذ منه بخلاف الزكاة فإنها تسقط بموت من هي عليه.
وكذا ملك الأرض ليس بشرط لوجوب العشر وإنما الشرط ملك الخارج فيجب في الأراضي التي لا مالك لها وهي الأراضي الموقوفة لعموم قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض﴾ [البقرة: ٢٦٧] وقوله عز وجل ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾ [الأنعام: ١٤١] وقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب، أو دالية ففيه نصف العشر» ؛ ولأن العشر يجب في الخارج لا في الأرض فكان ملك الأرض وعدمه بمنزلة واحدة.
ويجب في أرض المأذون والمكاتب لما قلنا ولو آجر أرضه العشرية فعشر الخارج على المؤاجر عنده وعندهما على المستأجر.
وجه قولهما ظاهر لما ذكرنا أن العشر يجب في الخارج والخارج ملك المستأجر فكان العشر عليه كالمستعير ولأبي حنيفة أن الخارج للمؤاجر معنى؛ لأن بدله وهو الأجرة له فصار كأنه زرع بنفسه، وفيه إشكال؛ لأن الأجر قابل للمنفعة لا الخارج، والعشر يجب في الخارج عندهما والخارج يسلم للمستأجر من غير عوض فيجب فيه العشر.
والجواب أن الخارج في إجارة الأرض إن كان عينا حقيقية فله حكم المنفعة فيقابله الأجر فكان الخارج للآجر معنى فكان العشر عليه فإن هلك الخارج فإن كان قبل الحصاد فلا عشر على المؤاجر ويجب الأجر على المستأجر؛ لأن الأجر يجب بالتمكن من الانتفاع وقد تمكن منه وإن هلك بعد الحصاد لا يسقط عن المؤاجر عشر الخارج؛ لأن العشر كان يجب عليه دينا في ذمته ولا يجب في الخارج عنده حتى يسقط بهلاكه فلا يسقط عنه العشر بهلاكه ولا يسقط الأجر عن المستأجر أيضا وعند أبي يوسف ومحمد العشر في الخارج فيكون على من حصل له الخارج ولو هلك بعد الحصاد، أو قبله هلك بما فيه من العشر.
ولو أعارها من مسلم فزرعها فالعشر على المستعير عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر على المعير وهكذا روى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة ولا خلاف في أن الخراج على المعير.
وجه قول زفر أن الإعارة تمليك المنفعة بغير عوض فكان هبة المنفعة فأشبه هبة الزرع، ولنا أن المنفعة حصلت للمستعير صورة ومعنى إذ لم يحصل للمعير في مقابلتها عوض فكان العشر على المستعير.
ولو أعارها من كافر فكذلك الجواب عندهما؛ لأن العشر عندهما في الخارج على كل حال.
وعن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية العشر في الخارج، وفي رواية على رب المال ولو دفعها مزارعة فإما على مذهبهما فالمزارعة جائزة والعشر يجب في الخارج والخارج بينهما فيجب العشر عليهما.
وأما على مذهب أبي حنيفة فالمزارعة فاسدة ولو كان يجيزها كان يجب على مذهبه جميع العشر على رب الأرض إلا أن في حصته جميع العشر يجب في عينه وفي حصة المزارع يكون دينا في ذمته.
ولو غصب غاصب أرضا عشرية فزرعها فإن لم تنقصها الزراعة فالعشر على الغاصب في الخارج لا على رب الأرض؛ لأنه

لم تسلم له منفعة كما في العارية وإن نقصتها الزراعة فعلى الغاصب نقصان الأرض كأنه آجرها منه وعشر الخارج على رب الأرض عند أبي حنيفة وعندهما في الخارج.

ولو كانت الأرض خراجية في الوجوه كلها فخراجها على رب الأرض بالإجماع إلا في الغصب إذا لم تنقصها الزراعة فخراجها على الغاصب وإن نقصتها فعلى رب الأرض كأنه آجرها منه وقال محمد: انظر إلى نقصان الأرض وإلى الخراج فإن كان ضمان النقصان أكثر من الخراج فالخراج على رب الأرض يأخذ من الغاصب النقصان فيؤدي الخراج منه وإن كان ضمان النقصان أقل من الخراج على الغاصب وسقط عنه ضمان النقصان.

ولو با ع الأرض العشرية وفيها زرع." (١)

"قد أدرك مع زرعها أو با ع الزرع خاصة فعشره على البائع دون المشتري؛ لأنه باعه بعد وجوب العشر وتقرره بالإدراك.

ولو باعها والزرع بقل فإن قصله المشتري للحال فعشره على البائع أيضا لتقرر الوجوب في البقل بالقصل.

وإن تركه حتى أدرك فعشره على المشتري في قول أبي حنيفة ومحمد لتحول الوجوب من الساق إلى الحب.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: عشر قدر البقل على البائع وعشر الزيادة على المشتري.

وكذلك حكم الثمار على هذا التفصيل.

وكذا عدم الدين ليس بشرط لوجوب العشر؛ لأن الدين لا يمنع وجوب العشر في ظاهر الرواية بخلاف الزكاة المعهودة وقد مضى الفرق فيما تقدم.

[فصل الشرائط المحلية]

(فصل) :

وأما شرائط المحلية فأنواع منها أن تكون الأرض عشرية فإن كانت خراجية يجب فيها الخراج ولا يجب في الخارج منها العشر فالعشر مع الخراج **لا يجتمعان** في أرض واحدة عندنا.

وقال الشافعي: يجتمعان فيجب في الخارج من أرض الخراج العشر حتى قال بوجوب العشر في الخارج من أرض السواد.

وجه قوله أنهما حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا فلا يتدافعان أما اختلافهما ذاتا فلا شك فيه.

وأما المحل فلأن الخراج يجب في الذمة والعشر يجب في الخارج.

وأما السبب فلأن سبب وجوب الخراج الأرض النامية وسبب وجوب العشر الخارج حتى لا يجب بدونه والخراج يجب بدون الخارج وإذا ثبت اختلافهما ذاتا ومحلا وسببا فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر، ولنا ما روي عن ابن مسعود عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم» ؛ ولأن أحدا من أئمة العدل وولاة الجور لم يأخذ من أرض السواد عشرا إلى يومنا هذا فالقول بوجوب العشر فيها يخالف الإجماع فيكون باطلا؛ ولأن سبب وجوبهما

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٢/٥٦

واحد وهو الأرض النامية فلا يجتمعان في أرض واحدة كما لا يجتمع زكاتان في مال واحد وهي زكاة السائمة والتجارة.
والدليل على أن سبب وجوبهما الأرض النامية أنهما يضافان إلى الأرض، يقال: خراج الأرض وعشر الأرض، والإضافة تدل على السببية فثبت أن سبب الوجوب فيهما هو الأرض النامية إلا أنه إذا لم يزرعها وعطلها يجب الخراج؛ لأن انعدام النماء كان لتقصير من قبله فيجعل موجودا تقديرا حتى لو كان الفوات لا بتقصيره بأن هلك لا يجب وإنما لا يجب العشر بدون الخارج حقيقة؛ لأنه متعين ببعض الخارج فلا يمكن إيجابه بدون الخارج وعلى هذا قال أصحابنا فيمن اشترى أرض عشر للتجارة أو اشترى أرض خراج للتجارة أن فيها العشر، أو الخراج ولا تجب زكاة التجارة مع أحدهما هو الرواية المشهورة عنهم.
وروي عن محمد أنه يجب العشر والزكاة، أو الخراج والزكاة.
وجه هذه الرواية أن زكاة التجارة تجب في الأرض والعشر يجب في الزرع وأنهما مالان مختلفان فلم يجتمع الحقان في مال واحد.
وجه ظاهر الرواية أن سبب الوجوب في الكل واحد وهو الأرض ألا ترى أنه يضاف الكل إليها؟ يقال: عشر الأرض وخراج الأرض وزكاة الأرض وكل واحد من ذلك حق الله تعالى، وحقوق الله تعالى المتعلقة بالأموال النامية لا يجب فيها حقان منها بسبب مال واحد كزكاة السائمة مع التجارة.
وإذا ثبت أنه لا سبيل إلى اجتماع العشر والزكاة واجتماع الخراج والزكاة فإيجاب العشر، أو الخراج أولى؛ لأنهما أعم وجوبا ألا ترى أنهما لا يسقطان بعذر الصبا والجنون، والزكاة تسقط به فكان إيجابهما أولى.
وإذا عرف أن كون الأرض عشرية من شرائط وجوب العشر لا بد من بيان الأرض العشرية.
وجملة الكلام فيه أن الأراضي نوعان: عشرية وخراجية، أما العشرية فمنها أرض العرب كلها قال محمد - رحمه الله -: وأرض العرب من العذيب إلى مكة وعدن أبين إلى أقصى حجر باليمن بمهرة وذكر الكرخي هي أرض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية وإنما كانت هذه أرض عشر؛ لأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والخلفاء الراشدين بعده لم يأخذوا من أرض العرب خراجا فدل أنها عشرية إذ الأرض لا تخلو عن إحدى المؤنتين؛ ولأن الخراج يشبه الفيء فلا يثبت في أرض العرب كما لم يثبت في رقابهم والله أعلم.

ومنها الأرض التي أسلم عليها أهلها طوعا ومنها الأرض التي فتحت عنوة وقهرا وقسمت بين الغانمين المسلمين؛ لأن الأراضي لا تخلو عن مؤنة إما العشر وإما الخراج، والابتداء بالعشر في أرض المسلم أولى؛ لأن في العشر معنى العبادة وفي الخراج معنى الصغار ومنها دار المسلم إذا اتخذها بستانا لما قلنا وهذا إذا كان يسقي بماء العشر." (١)
"يفعل ذلك حين كان واليا بالبصرة
وأما قوله ليس من نماء الأرض فنقول هو ملحق بنمائها لاعتبار الناس إعداد الأرض لها ولأنه يتولد من أنوار الشجر فكان

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٥٧/٢

كالثمر ثم إنما يجب العشر في العسل إذا كان في أرض العشر فأما إذا كان في أرض الخراج فلا شيء فيه لما ذكرنا أن وجوب العشر فيه لكونه بمنزلة الثمر لتولده من أزهار الشجر ولا شيء في ثمار أرض الخراج ولأن أرض الخراج يجب فيها الخراج فلو وجب العشر في العسل لاجتمع العشر والخراج في أرض واحدة **ولا يجتمعان** عندنا، ويجب العشر في قليله وكثيره في قول أبي حنيفة؛ لأنه ملحق بالنماء ويجري مجرى الثمار، والنصاب ليس بشرط في ذلك عنده، وعندهما شرط وقد ذكرنا اختلاف الرواية عنهما في ذلك وما يوجد في الجبال من العسل والفواكه فقد روى محمد عن أبي حنيفة أن فيه العشر، وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنه لا شيء فيه.

وجه قول أبي يوسف أن هذا مباح غير مملوك فلا يجب فيه العشر كالحطب والحشيش ولأبي حنيفة عمومات العشر إلا أن ملك الخارج شرط ولما أخذه فقد ملكه فصار كما لو كان في أرضه.

والحول ليس بشرط لوجوب العشر حتى لو أخرجت الأرض في السنة مرارا يجب العشر في كل مرة؛ لأن نصوص العشر مطلقة عن شرط الحول ولأن العشر في الخارج حقيقة فيتكرر الوجوب بتكرر الخارج.

وكذلك خراج المقاسمة؛ لأنه في الخارج فأما خراج الوظيفة فلا يجب في السنة إلا مرة واحدة؛ لأن ذلك ليس في الخارج بل في الذمة عرف ذلك بتوظيف عمر - رضي الله عنه - وما وظف في السنة إلا مرة واحدة.

[فصل بيان مقدار الواجب من العشر]

(فصل) :

وأما بيان مقدار الواجب فالكلام في هذا الفصل في موضعين: أحدهما في بيان قدر الواجب من العشر، والثاني في بيان قدر الواجب من الخراج أما الأول فما سقي بماء السماء، أو سقي سيحا ففيه عشر كامل، وما سقي بغرب، أو دالية، أو سانية ففيه نصف العشر، والأصل فيه ما روي عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال «ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب، أو دالية، أو سانية ففيه نصف العشر» ، وعن أنس - رضي الله عنه - عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال «فيما سقته السماء، أو العين، أو كان بعلا العشر، وما سقي بالرشاء ففيه نصف العشر» ولأن العشر وجب مؤنة الأرض فيختلف الواجب بقلة المؤنة وكثرتها ولو سقي الزرع في بعض السنة سيحا وفي بعضها بآلة يعتبر في ذلك الغالب؛ لأن للأكثر حكم الكل كما في السوم في باب الزكاة على ما مر ولا يحتسب لصاحب الأرض ما أنفق على الغلة من سقي، أو عمارة، أو أجر الحافظ، أو أجر العمال، أو نفقة البقر؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم - «ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب، أو دالية، أو سانية ففيه نصف العشر» ، أوجب العشر ونصف العشر مطلقا عن احتساب هذه المؤن ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أوجب الحق على التفاوت لتفاوت المؤن ولو رفعت المؤن لارتفع التفاوت.

[بيان المقدار الواجب من الخراج]

وأما الثاني وهو بيان قدر الواجب من الخراج فالخراج نوعان خراج وظيفة وخراج مقاسمة أما خراج الوظيفة فما وظفه عمر

- رضي الله عنه - ففي كل جريب أرض بيضاء تصلح للزراعة قفيز مما يزرع فيها ودرهم القفيز صاع والدرهم وزن سبعة، والجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون ذراعا بذراع كسرى يزيد على ذراع العامة بقصبة وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب الكرم عشرة دراهم هكذا وظفه عمر بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد ومثله يكون إجماعا.

وأما جريب الأرض التي فيها أشجار مثمرة بحيث لا يمكن زراعتها لم يذكر في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا كانت النخيل ملتفة جعلت عليها الخراج بقدر ما تطيق ولا أزيد على جريب الكرم عشرة دراهم وفي جريب الأرض التي يتخذ فيها الزعفران قدر ما تطيق فينظر إلى غلتها فإن كانت تبلغ غلة الأرض المزروعة يؤخذ منها قدر خراج الأرض المزروعة وإن كانت تبلغ غلة الرطبة يؤخذ منها قدر خراج أرض الرطبة هكذا؛ لأن مبنى الخراج على الطاقة ألا ترى أن حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف - رضي الله عنهما - لما مسحا سواد العراق بأمر عمر - رضي الله عنه - ووضعا على كل جريب يصلح للزراعة قفيزا ودرهما، وعلى كل جريب يصلح للرطبة خمسة دراهم، وعلى كل جريب يصلح للكرم عشرة دراهم فقال لهما عمر: - رضي الله عنه - لعلكما حملتما ما لا تطيق فقالا: بل حملنا ما تطيق ولو زدنا لأطاقت؟ فدل الحديث على أن مبنى." (١)

"مضافان إلى ما بعد الموت بلا فصل فإذا لم يكن ذلك زمان ثبوت الملك للوارث لم تصح إضافة العتق إليه إذ العتق لا يصح إلا في الملك أو مضافا إلى الملك وصحة إضافة الطلاق لانعدام الإضافة إلى حالة زوال النكاح فصحت الإضافة ووقع الطلاق وحرمت عليه ومحمد يقول القياس ما قال زفر إن الملك للوارث له يثبت عقيب الموت بلا فصل فقد أضاف الطلاق إلى زمان بطلان النكاح فلم يصح وكان ينبغي أن تصح إضافة العتق إليه إلا إني استحسنت أن لا تصح لأن الإعتاق إزالة الملك والإزالة تستدعي تقدم الثبوت والعتق مع الملك **لا يجتمعان** في محل واحد في زمان واحد ولو قال إذا مات مولاك فملكتك فأنت حرة فمات المولى والزوج وارثه عتقت لأنه أضاف العتق إلى الملك ولو قال إذا مات مولاك فملكتك فأنت طالق لم يقع الطلاق في قولهم لأنه إذا ملكها فقد زال النكاح فلا يتصور الطلاق ولو قال رجل لأمته إذا مات فلان فأنت حرة ثم باعها من فلان ثم تزوجها ثم قال لها إذا مات مولاك فأنت طالق ثنتين ثم مات المولى وهو وارثه قال أبو يوسف يقع الطلاق ولا يقع العتاق.

وقال محمد لا يقعان جميعا.

وقال زفر يقع العتاق ولا يقع الطلاق أما وقوع الطلاق على قول أبي يوسف وعدم الوقوع على مذهب محمد وعدم ثبوت العتق على قولهما فلما ذكرنا وزفر يقول وجد عقد اليمين في ملكه والشرط في ملكه فما بين ذلك لا يعتبر كمن قال لأمته إن دخلت الدار فأنت حرة ثم باعها واشتراها فدخلت الدار والله عز وجل أعلم.

[كتاب الطلاق]

[الطلاق بحق الصفة وهو نوعان سنة وبدعة]

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٦٢/٢

(كتاب الطلاق) :

قال الشيخ – رحمه الله تعالى –: الكلام في هذا الكتاب في الأصل يقع في خمسة مواضع.

في بيان صفة الطلاق وفي بيان قدره وفي بيان ركنه وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكمه أما الأول فالطلاق بحق الصفة نوعان: طلاق سنة وطلاق بدعة، وإن شئت قلت طلاق مسنون وطلاق مكروه أما.

طلاق السنة فالكلام فيه في موضعين أحدهما في تفسير طلاق السنة: أنه ما هو، والثاني في بيان الألفاظ التي يقع بها طلاق السنة أما الأول فطلاق السنة نوعان؛ نوع يرجع إلى الوقت ونوع يرجع إلى العدد، وكل واحد منهما نوعان حسن وأحسن، ولا يمكن معرفة كل واحد منهما إلا بعد معرفة أصناف النساء، وهن في الأصل على صنفين حرائر وإماء وكل صنف على صنفين حائلات وحاملات، والحائلات على صنفين ذوات الإقراء وذوات الأشهر.

إذا عرف هذا فنقول وبالله التوفيق أحسن الطلاق في ذوات القرء أن يطلقها طلقة واحدة رجعية في طهر لا جماع فيه ولا طلاق ولا في حيضة طلاق ولا جماع ويتركها حتى تنقضي عدتها ثلاث حيضات إن كانت حرة وإن كانت أمة حيضتان، والأصل فيه ما روي عن إبراهيم النخعي – رحمه الله – أنه قال كان أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يستحسنون أن لا يطلقوا للسنة إلا واحدة ثم لا يطلقوا غير ذلك حتى تنقضي العدة، وفي رواية أخرى قال في الحكاية عنهم: وكان ذلك عندهم أحسن من أن يطلق الرجل ثلاثة في ثلاثة أطهار وهذا نص في الباب ومثله لا يكذب ولأن الكراهة لمكان احتمال الندم، والطلاق في طهر لا جماع فيه دليل على عدم الندم لأن الطهر الذي لا جماع فيه زمان كمال الرغبة.

والفحل لا يطلق امرأته في زمان كمال الرغبة إلا لشدة حاجته إلى الطلاق، فالظاهر أنه لا يلحقه الندم فكان طلاق لحاجة فكان مسنونا، ولو لحقه الندم فهو أقرب إلى التدارك من الثلاث في ثلاثة أطهار فكان أحسن وإنما شرطا أن يكون في طهر لا طلاق فيه لأن الجمع بين الطلقات الثلاث أو الطلقتين في طهر واحد مكروه عندنا وإنما شرطنا أن لا يكون في حيضة جماع ولا طلاق لأنه إذا جامعها في حيض هذا الطهر احتمل أنه وقع الجماع معلقا فيظهر الحبل فيندم على صنيعه فيظهر أنه طلق لا لحاجة وإذا طلقها فيه فالطلاق فيه بمنزلة الطلاق في الطهر الذي بعده لأن تلك الحيضة لا يعتد بها ولو طلقها في الطهر يكره له أن يطلقها أخرى فيه فكذا إذا طلقها في الحيض ثم طهرت.

وأما في الحامل إذا استبان حملها فالأحسن أن يطلقها واحدة رجعية وإن كان قد جامعها وطلقها عقيب الجماع لأن الكراهة في ذوات القرء لاحتمال الندامة لا لاحتمال الحبل فمتى طلقها مع علمه بالحبل فالظاهر." (١)

"على اليمين بالله تعالى، ويقع على اليمين بالشرط والجزاء لتحقق معنى اليمين، وهو القوة.

ولو حلف بغير الله عز وجل وبغير الشرط والجزاء لا يكون موليا حتى لا تبين بمضي المدة من غير فيء، ولا كفارة عليه إن قربها؛ لأنه ليس بيمين لانعدام معنى اليمين – وهو القوة –.

وقال النبي – صلى الله عليه وسلم – «لا تحلفوا بآبائكم، ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر» ،

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٨٨/٣

وروي «من حلف بغير الله فقد أشرك» .

أما الألفاظ الدالة على منع النفس عن الجماع فأنواع بعضها صريح، وبعضها يجري مجرى الصريح، وبعضها كناية أما الصريح فلفظ المجامعة بأن يحلف أن لا يجامعها.

وأما الذي يجري مجرى الصريح فلفظ القربان والوطء والمباضعة والافتضاض في البكر؛ بأن يحلف أن لا يقربها أو لا يطأها أو لا يباضعها أو لا يفتضها، وهي بكر.

؛ لأن القربان المضاف إلى المرأة يراد به الجماع في العرف قال الله تعالى ﴿ولا تقربوهن حتى يطهرن﴾ [البقرة: ٢٢٢] .

وكذا الوطء المضاف إليها غلب استعماله في الجماع.

قال النبي – صلى الله عليه وسلم – في سبايا أوطاس «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن، ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة» ، والمباضعة مفاعلة من البضع، وهو الجماع أو الفرج، والافتضاض في العرف عبارة عن جماع البكر –، وهو كسر العذرة – مأخوذ من الفض، وهو الكسر.

وكذا إذا حلف لا يغتسل منها؛ لأن الاغتسال منها لا يكون إلا بالجماع، فأما الجماع في غير الفرج فالاغتسال لا يكون منها، وإنما يكون من الإنزال ألا يرى أنه ما لم ينزل لا يجب الغسل.

وفي الجماع في الفرج لا يقف وجوب الاغتسال على وجود الإنزال، ولو قال لم أعن به الجماع لا يدين في القضاء لكونه خلاف الظاهر، ويدين فيما بينه، وبين الله تعالى؛ لأن اللفظ يحتمله في الجملة.

وأما الكناية فنحو لفظة الإتيان والإصابة بأن حلف لا يأتيها أو لا يصيب منها يريد الجماع؛ لأنهما من كنايات الجماع؛ لأنهما يستعملان في الجماع، وفي غيره استعمالا على السواء، فلا بد من النية.

وكذا لفظة الغشيان بأن حلف لا يغشاها؛ لأن الغشيان يستعمل في الجماع قال الله تعالى ﴿فلما تغشاها﴾ [الأعراف: ١٨٩] أي: جامعها، ويستعمل في المجيء، وفي الستر والتغطية قال الله تعالى ﴿يوم يغشاهم العذاب﴾ [العنكبوت: ٥٥] قيل: يأتيهم،.

وقيل يسترهم، ويغطيهم، فلا بد من النية.

وكذا إذا حلف لا يمس جلده جلدها.

وقال: لم أعن به الجماع يصدق؛ لأنه يحتمل الجماع، ويحتمل المس المطلق فيحنث بغير الجماع، والإيلاء ما وقف الحنث فيه على الجماع؛ لأنه يمكنه جماعها بغير مماسة الجلد بأن يلف ذكره بحريرة فيجامعها وكذا إذا حلف لا يمسها لما قلنا.

وكذا إذا حلف لا يضاجعها أو لا يقرب فراشها.

وقال لم أعن به الجماع فهو مصدق في القضاء؛ لأن هذا اللفظ يستعمل في الجماع، ويستعمل في غيره استعمالا واحدا؛ ولأنه يمكنه جماعها من غير مضاجعة، ولا قرب فراش، ولو حلف لا يجتمع رأسي، ورأسك فإن عنى به الجماع فهو مول؛ لأنه يحتمل الجماع، وإن لم يعن به الجماع لم يكن موليا، **ولا يجتمعان** على فراش، ولا مرفقة لئلا يلزمه الكفارة، وله جماعها من غير اجتماع على الفراش، ولا شيء يجمع رأسها عليه، ولو حلف لا يجمع رأسي، ورأسك وسادة أو لا يؤويني، وإياك

بيت أو لا أبيت معك في فراش فإن عنى الجماع فهو مول؛ لأنه يحتمل الجماع فتصح نيته، وكيفما جامعها فهو حانث، وإن لم يعن به الجماع فليس بمول، ولا يأوي معها في بيت، ولا يبيت معها في فراش، **ولا يجتمعان** على وسادة لئلا تلزمه الكفارة، ويطؤها على الأرض والبوادي، ولو حلف لأسوءنك أو لأغيظنك لا يكون موليا إلا إذا عنى به ترك الجماع؛ لأن المساءة قد تكون بترك الجماع وقد تكون بغيره.

وكذا الغيظ، فلا بد من النية.

وأما اليمين بالله تعالى، وبصفاته فهي الحلف باسم من أسماء الله تعالى أو بصفة من صفاته بلفظ لا يستعمل في غير الصفة أو يستعمل في الصفة، وفي غيرها لكن على وجه لا يغلب استعماله في غير الصفة، وموضع معرفة هذه الجملة كتاب الأيمان.

ثم الإيلاء إذا كان بالله تعالى فالمولي لا يخلو أما إن أطلق الإيلاء.

وأما إن علقه بشرط، وأما إن أضافه إلى وقت، وأما إن وقته إلى غاية فإن أطلق بأن قال لامرأته والله لا أقربك كان موليا للحال، والأصل فيه أن من منع نفسه عن قربان زوجته بما يصلح أن يكون مانعا، وبما يحلف به عادة يصير موليا، أو يقال: من لا يمكنه قربان زوجته في المدة من غير شيء يلزمه بسبب اليمين فهو مول وقد وجد ههنا؛ لأن ذكر اسم الله تعالى يصلح مانعا – تحرزا عن الهتك –، وهو ما يحلف به عادة، وعرفا.

وكذا لا يمكنه قربان زوجته في المدة من غير شيء يلزمه – وهو الكفارة – فيصير موليا.." (١)

"منهما فيكون لهما مهر ومتعة بينهما لكل واحدة منهما نصف مهر المثل ونصف متعة وإن كان سمى لإحداهما مهرا ولم يسم للأخرى فللمسمى لها ثلاثة أرباع المهر وللتي لم يسم لها مهرا نصف مهر المثل؛ لأن المسمى لها إذا كانت منكوحة فلها جميع المسمى وإن كانت مطلقة فلها النصف فيتنصف كل ذلك فيكون لها ثلاثة أرباع المهر المسمى.

والتي لم يسم لها إن كانت منكوحة فلها جميع مهر المثل وإن كانت مطلقة فليس لها من مهر المثل شيء فاستحقت في حال ولم تستحق شيئا منه في حال فيكون لها نصف مهر المثل والقياس أن يكون لها نصف المتعة أيضا وهو قول زفر وفي الاستحسان ليس لها إلا نصف مهر المثل.

(وجه) القياس أنها إن كانت منكوحة فلها كمال مهر المثل وإن كانت مطلقة فلها كمال المتعة فكان لها كمال مهر المثل في حال وكمال المتعة في حال فيتنصف كل واحدة منهما فيكون لها نصف مهر مثلها ونصف متعتها.

وجه الاستحسان أن نصف مهر المثل إذا وجب لها امتنع وجوب المتعة؛ لأن المتعة بدل عن نصف مهر المثل، والبدل والمبدل **لا يجتمعان** هذا إذا كانت المسمى لها مهر المثل معلومة فإن لم تكن معلومة فلها مهر وربع مهر إذا كان مهر مثلها سواء ويكون بينهما؛ لأن كل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المسمى لها المهر فيكون لها ثلاثة أرباع المهر لما ذكرنا، ويحتمل أن تكون غير المسمى لها المهر فيكون لها نصف مهر المثل ففي حال يجب ثلاثة أرباع المهر وفي حال يجب نصف

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٣/١٦٢

المهر فيتنصف كل ذلك فيكون لهما مهر وربع مهر بينهما لكل واحدة منهما نصف مهر وثمن مهر نصف مهر المسمى وثمن مهر المثل ولا تجب المتعة استحسانا والقياس أن يجب نصف المتعة أيضا ويكون بينهما، وهو قول زفر.
وجه القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا والله عز وجل أعلم.
وهذه المسائل تدل على أن الطلاق قد وقع في إحداهما غير عين وقت الإرسال حيث شاع فيهما بعد الموت إذ الواقع يشيع والله عز وجل الموفق.

وأما حكم الميراث فهو أنهما يرثان منه ميراث امرأة واحدة ويكون بينهما نصفين في الأحوال كلها؛ لأن إحداهما منكوحة بيقين وليست إحداهما بأولى من الأخرى فيكون قدر ميراث امرأة واحدة بينهما فإن كان للزوج امرأة أخرى سواهما لم يدخلها في الطلاق فلها نصف ميراث النساء ولهما النصف؛ لأنه لا يزاحمها إلا واحدة منهما؛ لأن المنكوحة واحدة منهما والأخرى مطلقة فكان لها النصف ثم النصف الثاني يكون بين الأخريين نصفين إذ ليست إحداهما بأولى من الأخرى.

وأما حكم العدة فعلى كل واحدة منهما عدة الوفاة وعدة الطلاق؛ لأن إحداهما منكوحة والأخرى مطلقة وعلى المنكوحة عدة الوفاة لا عدة الطلاق وعلى المطلقة عدة الطلاق لا عدة الوفاة فدارت كل واحدة من العدتين في حق كل واحدة من المرأتين بين الوجوب وعدم الوجوب.
والعدة يحتاط في إيجابها ومن الاحتياط القول بوجوبها على كل واحدة منهما والله تعالى الموفق.
وإن كان ممن لا يملك طلاقها لا تصح الإضافة بالإجماع بأن جمع بين امرأته وبين أجنبية فقال إحداكما طالق حتى لا تطلق زوجته؛ لأن هذا الكلام يستعمل للإنشاء ويستعمل للإخبار ولو حمل على الإخبار لصح؛ لأنه يخبر أن إحداهما طالق والأمر على ما أخبر ولو حمل على الإنشاء لم يصح؛ لأن إحداهما وهي الأجنبية لا تحتمل الإنشاء لعدم النكاح ولا طلاق قبل النكاح على لسان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فكان حمله على الإخبار أولى.
هذا إذا كان المزاحم في الاسم محتملا للطلاق فأما إذا لم يكن نحو ما إذا جمع بين امرأته وبين حجر أو بهيمة فقال إحداكما طالق فهل تصح الإضافة اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف تصح حتى يقع الطلاق على امرأته.
وقال محمد لا تصح ولا تطلق امرأته وجه قوله أن الجمع بين المنكوحة وغير المنكوحة يوجب شكا في إيقاع الطلاق على المنكوحة كما لو جمع بين امرأة وبين أجنبية وقال إحداكما طالق فلا يقع مع الشك.
ولهما أنه إذا جمع بين من يحتمل الطلاق وبين من لا يحتمل الطلاق في الاسم وأضاف الطلاق إليهما فالظاهر أنه أراد به من يحتمل الطلاق لا من لا يحتمل الطلاق؛ لأن إضافة الطلاق إلى من لا يحتمله سفه؛ فانصرف مطلق الإضافة إلى زوجته بدلالة الحال بخلاف ما إذا جمع بينها وبين أجنبية؛ لأن الأجنبية محتملة للطلاق في الجملة وهي محتملة للطلاق في الحال

إخبارا إن كانت لا تحتمله إنشاء، وفي الصرف إلى الإخبار صيانة كلامه عن اللغو فصرف إليه.
ولو جمع بين زوجته وبين رجل فقال إحداكما طالق لم يصح." (١)

"وتعالى خص اللعان بالأزواج ولو طلقها طلاقا رجعيا لا يسقط اللعان؛ لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية.
ولو قال لها: يا زانية أنت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان؛ لأن قوله يا زانية أوجب اللعان لا الحد؛ لأنه قذف الزوجة ولما قال: أنت طالق ثلاثا فقد أبطل الزوجية، واللعان لا يجري في غير الأزواج ولو قال لها: أنت طالق ثلاثا يا زانية يجب الحد ولا يجب اللعان؛ لأنه قذفها بعد الإبانة وهي أجنبية بعد الإبانة وقذف الأجنبية يوجب الحد لا اللعان، ولو أكذب الزوج نفسه سقط اللعان لتعذر الإتيان به إذ من المحال أن يؤمر أن يشهد بالله إنه لمن الصادقين وهو يقول إنه كاذب، ويجب الحد لما نذكر في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى.
ولو أكذبت المرأة نفسها في الإنكار وصدقت الزوج في القذف سقط اللعان لما قلنا ولا حد لما نذكر إن شاء الله تعالى ولو لم ينعقد القذف موجبا للعان أصلا لفوات شرط من شرائط الوجوب فهل يجب الحد؟ فمشايخنا أصلوا في ذلك أصلا فقالوا: إن كان عدم وجوب اللعان أو سقوطه بعد الوجوب لمعنى من جانبها فلا حدود ولا لعان، وإن كان القذف صحيحا وإن كان لمعنى من جانبه فإن لم يكن القذف صحيحا فكذلك وإن كان صحيحا يحد وعلى هذا الأصل خرجوا جنس هذه المسائل، فقالوا: إذا أكذب نفسه يحد؛ لأن سقوط اللعان لمعنى من جانبه وهو إكذابه نفسه والقذف صحيح؛ لأنه قذف عاقل بالغ فيجب الحد، ولو أكذبت نفسها في الإنكار وصدقت الزوج في القذف فلا حد ولا لعان وإن كانت على صفة الالتعان؛ لأن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو إكذابها نفسها ولو كانت المرأة على صفة الالتعان والزوج عبد أو كافر أو محدود في قذف فعليه الحد؛ لأن قذفها صحيح وإنما سقط اللعان لمعنى من جهته وهو أنه على صفة لا يصح منه اللعان ولو كان الزوج صبيا أو مجنونا فلا حد ولا لعان وإن كانت المرأة على صفة الالتعان؛ لأن قذف الصبي والمجنون ليس بصحيح ولو كان الزوج حرا عاقلا بالغا مسلما غير محدود في قذف والزوجة لا بصفة الالتعان بأن كانت كافرة أو مملوكة أو صبية أو مجنونة أو زانية فلا حد على الزوج ولا لعان؛ لأن قذفها ليس بقذف صحيح.
ألا ترى أن أجنبيا لو قذفها لا يحد ولو كانت المرأة مسلمة حرة عاقلة عفيفة إلا أنها محدودة في القذف فلا حد ولا لعان؛ لأن القذف وإن كان صحيحا لكن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو أنها ليست من أهل الشهادة فلا يجب اللعان ولا الحد كما لو صدقته وإن كان كل واحد من الزوجين محدودا في قذف فقذفها فعليه الحد؛ لأن القذف صحيح وسقوط اللعان لمعنى في الزوج ولا يقال: إنه سقط لمعنى في المرأة بدليل أن الزوج لو لم يكن محدودا والمرأة محدودة لا يجب اللعان لاعتبار جانبها.
وإن كان السقوط لمعنى من جانبها فينبغي أن لا يجب اللعان ولا الحد؛ لأنا نقول: القذف الصحيح إنما تعتبر فيه صفات المرأة إذا كان الزوج من أهل اللعان، فأما إذا لم يكن من أهل اللعان لا تعتبر وإنما تعتبر صفات الزوج فيعتبر المانع بما فيه لا بما فيها فكان سقوط اللعان لمعنى في الزوج بعد صحة القذف فيحد والله عز وجل أعلم.

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٢٢٧/٣

[فصل في حكم اللعان]

(فصل) :

وأما حكم اللعان فالكلام في هذا الفصل في موضعين: أحدهما في بيان حكم اللعان، والثاني في بيان ما يبطل حكمه.

أما بيان حكم اللعان فللعان حكمان: أحدهما أصلي، والآخر ليس بأصلي.

أما الحكم الأصلي للعان فنذكر أصل الحكم ووصفه أما الأول فنقول اختلف العلماء فيه قال أصحابنا الثلاثة: هو وجوب التفريق ما داما على حال اللعان لا وقوع الفرقة بنفس اللعان من غير تفريق الحاكم حتى يجوز طلاق الزوج وظهاره وإيلاؤه ويجري التوارث بينهما قبل التفريق وقال زفر والشافعي: هو وقوع الفرقة بنفس اللعان إلا أن عند زفر لا تقع الفرقة ما لم يلتعنا، وعند الشافعي تقع الفرقة بلعان الزوج قبل أن تلتعن المرأة.

وجه قول الشافعي أن الفرقة أمر يختص بالزوج.

ألا ترى أنه هو المختص بسبب الفرقة؟ فلا يقف وقوعها على فعل المرأة كالطلاق، واحتج زفر بما روي عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» وفي بقاء النكاح اجتماعهما وهو خلاف النص.

ولنا ما روى نافع عن ابن عمر – رضي الله عنهما – «أن رجلا لاعن امرأته في زمن النبي – صلى الله عليه وسلم – وانتفى من ولدها ففرق النبي – صلى الله عليه وسلم – بينهما وألحق الولد بالمرأة» .

وعن ابن عباس – رضي الله عنهما – «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لما لاعن بين عاصم بن عدي." (١)

"وبين امرأته فرق بينهما» .

وروي أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لاعن بين العجلاني وبين امرأته فلما فرغا من اللعان فرق بينهما ثم قال – عليه الصلاة والسلام –: «الله يعلم أن أحدكما لكاذب فهل منكما تائب؟» قال ذلك ثلاثا فأبيا ففرق بينهما فدلت الأحاديث على أن الفرقة لا تقع بلعان الزوج ولا بلعانها إذ لو وقعت لما احتمل التفريق من رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان؛ ولأن ملك النكاح كان ثابتا قبل اللعان والأصل أن الملك متى ثبت لإنسان لا يزول إلا بإزالته أو بخروجه من أن يكون منتفعا به في حقه لعجزه عن الانتفاع به ولم توجد الإزالة من الزوج؛ لأن اللعان لا ينبئ عن زوال الملك؛ لأنه شهادة مؤكدة باليمين أو يمين، وكل واحد منهما لا ينبئ عن زوال الملك ولهذا لا يزول بسائر الشهادات والأيمان، والقدرة على الامتناع ثابتة فلا تقع الفرقة بنفس اللعان وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعي ثم قول الشافعي مخالف لآية اللعان؛ لأن الله تعالى خاطب الأزواج باللعان بقوله عز وجل ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ [النور: ٦] إلى آخر ما ذكر فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج فالزوجة تلاعنه وهي غير زوجة وهذا خلاف النص.

وأما زفر فلا حجة له في الحديث؛ لأن المتلاعن متفاعل من اللعن وحقيقة المتفاعل المتشاغل بالفعل فبعد الفراغ منه لا يبقى فاعلا حقيقة فلا يبقى ملاعنا حقيقة فلا يصح التمسك به لإثبات الفرقة عقيب اللعان فلا تثبت الفرقة عقيبه، وإنما الثابت

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٣/٢٤٤

عقيبه وجوب التفريق فإن فرق الزوج بنفسه وإلا ينوب القاضي منابه في التفريق فإذا فرق بعد تمام اللعان وقعت الفرقة فإن أخطأ القاضي ففرق قبل تمام اللعان ينظر إن كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان نفذ القاضي إذا وقع بعد أكثر اللعان فقد قضى بالاجتهاد في موضع يسوغ الاجتهاد فيه فينفذ قضاؤه كما في سائر المجتهدات، والدليل على أن تفريقه صادف محل الاجتهاد وجوه ثلاثة: أحدها أنه عرف أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام فاقتضى اجتهاده إلى أن الأكثر يقوم مقام الكل في اللعان، والثاني أنه اجتهد أن التكرار في اللعان للتأكيد والتغليظ وهذا المعنى يوجد في الأكثر، والثالث أنه زعم أنه لما ساغ للشافعي الاقتصار على لعان الزوج إذا قذف المجنونة أو الميتة فلأن يسوغ له الاجتهاد بعد إكمال الزوج لعانه وإتيان المرأة بأكثر اللعان أولى فثبت أن قضاء القاضي صادف محل الاجتهاد فينفذ فإن قيل شرط جواز الاجتهاد أن لا يخالف النص وهذا قد خالف النص من الكتاب والسنة؛ لأن كتاب الله ورد باللعان بعدد مخصوص وكذا النبي – صلى الله عليه وسلم – لاعن بين الزوجين على ذلك العدد وإذا كان ذلك العدد منصوصا عليه فالاجتهاد إذا خالف النص باطل فالجواب ممنوع إن اجتهاد القاضي خالف النص فإن التنصيص على عدد لا ينفي جواز الأكثر وإقامته مقام الكل ولا يقتضي الجواز أيضا، فلم يكن الحكم منصوصا عليه بل كان مسكوتا عنه فكان محل الاجتهاد، وفائدته التنصيص على العدد المذكور والتنبيه على الأصل والأولى وهذا لا ينفي الجواز.

وأما الثاني فقد اختلف العلماء فيه أيضا قال أبو حنيفة ومحمد: الفرقة في اللعان فرقة بتطليقة بائنة فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة الاجتهاد والتزوج ما داما على حالة اللعان فإن أكذب الزوج نفسه فجلد الحد أو أكذبت المرأة نفسها بأن صدقته جاز النكاح بينهما ويجتمعان، وقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد: هي فرقة بغير طلاق وإنها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة واحتجوا بقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا» وهو نص في الباب وكذا روي عن جماعة من الصحابة – رضي الله عنهم – مثل عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وغيرهم – رضي الله عنهم – أنهم قالوا: المتلاعنان لا يجتمعان أبدا، ولأبي حنيفة ومحمد ما روي أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لما لاعن بين عويمر العجلاني وبين امرأته فقال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا، وفي بعض الروايات كذبت عليها إن لم أفارقها فهي طالق ثلاثا فصار طلاق الزوج عقيب اللعان سنة المتلاعنين؛ لأن عويمر طلق زوجته ثلاثا بعد اللعان عند رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فأنفذها عليه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فيجب على كل ملاعن أن يطلق فإذا امتنع ينوب القاضي منابه في." (١)

"أنه قال له أن ينفي إلى تمام سنتين؛ لأنه لما مضى وقت النفاس يعتبر وقت الرضاع ومدته سنتان عندهما، ولو بلغه الخبر بعد حولين فنفاه ذكر في غير رواية الأصول عن أبي يوسف أنه لا يقطع النسب ويلاعن وعن محمد أنه قال: ينتفي الولد إذا نفاه بعد بلوغ الخبر إلى أربعين يوما، ومنها أن لا يسبق النفي عن الزوج ما يكون إقرارا منه بنسب الولد لا نصا ولا دلالة فإن سبق لا يقطع النسب من الأب؛ لأن النسب بعد الإقرار به لا يحتمل النفي بوجه؛ لأنه لما أقر به فقد ثبت نسبه والنسب حق الولد فلا يملك الرجوع عنه بالنفي فالنص نحو أن يقول: هذا ولدي، أو هذا الولد مني.

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٣/٢٤٥

والدلالة هي أن يسكت إذا هنئ ولا يرد على المهنئ؛ لأن العاقل لا يسكت عند التهنئة بولد ليس منه عادة فكان السكوت والحالة هذه اعترافا بنسب الولد فلا يملك نفيه بعد الاعتراف وروى ابن رستم عن محمد أنه إذا هنئ بولد الأمة فسكت لم يكن اعترافا وإن سكت في ولد الزوجة كان اعترافا.

ووجه الفرق أن نسب ولد الزوجة قد ثبت بالفراش إلا أن له غرضية النفي من الزوج فإذا سكت عند التهنئة دل على أنه لا ينفيه فبطلت الغرضية فتقرر النسب فأما ولد الأمة فلا يثبت إلا بالدعوة ولم توجد فإن جاءت بولدين في بطن فأقر بأحدهما ونفى الآخر فإن أقر بالأول ونفى الثاني لاعن ولزمه الولدان جميعا أما لزوم الولدين فلأن إقراره بالأول إقرار بالثاني؛ لأن الحمل حمل واحد فلا يتصور ثبوت بعض نسب الحمل دون بعض كالواحد أنه لا يتصور ثبوت نسب بعضه دون بعض فإذا نفى الثاني فقد رجع عما أقر به.

والنسب المقر به لا يحتمل الرجوع عنه فلم يصح نفيه فيثبت نسبهما جميعا ويلاعن؛ لأن من أقر بنسب ولد ثم نفاه يلاعن وإن كان لا يقطع نسبه؛ لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان بل ينفصل عنه في الجملة.

ألا ترى أنه شرع في المقذوفة بغير ولد ثم إنما وجب اللعان؛ لأنه لما أقر بالأول فقد وصف امرأته بالعفة ولما نفى الولد فقد وصفها بالزنا، ومن قال لامرأته: أنت عفيفة ثم قال لها أنت زانية يلاعن وإن نفى الأول وأقر بالثاني حد ولا لعان ويلزمانه جميعا أما ثبوت نسب الولدين فلأن نفي الأول وإن تضمن نفي الثاني فالإقرار بالثاني يتضمن الإقرار بالأول فيصير مكذبا نفسه ومن وجب عليه اللعان إذا أكذب نفسه يحد وإذا حد لا يلاعن؛ لأنهما لا يجتمعان ولأنه لما نفى الأول فقد قذفها بالزنا فلما أقر بالثاني فقد وصفها بالعفة.

ومن قال لامرأته: أنت زانية ثم قال لها أنت عفيفة يحد حد القذف ولا يلاعن، ومنها أن يكون الولد حيا وقت قطع النسب وهو وقت التفريق فإن لم يكن لا يقطع نسبه من الأب حتى لو جاءت بولد فمات ثم نفاه الزوج يلاعن ويلزمه الولد؛ لأن النسب يتقرر بالموت فلا يحتمل الانقطاع ولكنه يلاعن لوجود القذف بنفي الولد وانقطاع النسب ليس من لوازم اللعان وكذلك إذا جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما يلاعن ويلزمه الولدان لما قلنا، وكذلك إذا جاءت بولد فنفاه الزوج ثم مات الولد قبل اللعان يلاعن الزوج ويلزمه الولد لما قلنا وكذا لو جاءت بولدين فنفاهما ثم ماتا قبل اللعان أو قتلا يلاعن ويلزمه الولدان؛ لأن النسب بعد الموت لا يحتمل القطع ويلاعن لما قلنا.

وكذا لو نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان أو قتل لزمه الولدان؛ لأن نسب الميت منهما لا يحتمل القطع لتقرره بالموت فكذا نسب الحي؛ لأنهما توأمان وأما اللعان فقد ذكر الكرخي أنه يلاعن ولم يذكر الخلاف، وكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وذكر ابن سماعة الخلاف في المسألة فقال: عند أبي يوسف يبطل اللعان وعند محمد لا يبطل.

وجه قول محمد أن اللعان قد وجب بالنفي فلو بطل إنما يبطل لامتناع قطع النسب وامتناعه لا يمنع بقاء اللعان؛ لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان ولأبي يوسف أن المقصود من اللعان الواجب بهذا القذف أعني القذف بنفي الولد هو نفي الولد فإذا تعذر تحقيق هذا المقصود لم يكن في بقاء اللعان فائدة فلا ينفي الولد.

ولو ولدت فنفاه ولاعن الحاكم بينهما وفرق وألزم الولد أمه أو لزمها بنفس التفريق ثم ولدت ولدا آخر من الغد لزمه الولدان

جميعا واللعان ماض؛ لأنه قد ثبت نسب الولد الثاني إذ لا يمكن قطعه بما وجد من اللعان؛ لأن حكم اللعان قد بطل بالفرقة فيثبت نسب الولد الثاني وإن قال الزوج هما ابناي لا حد عليه لأنه صادق في إقراره بنسب الولدين لكونهما ثابتي النسب منه شرعا فإن قيل أليس إنه أكذب نفسه بقوله هما ابناي؛ لأنه سبق منه نفي الولد ومن." (١)

"للكلأ وسائر الأعيان المباحة إنما غير جائزة لما بينا والله عز وجل أعلم.

[فصل في أنواع شرائط ركن الإجارة]

(فصل) :

وأما شرائط الركن فأنواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة وبعضها شرط اللزوم أما شرط الانعقاد فثلاثة أنواع نوع يرجع إلى العاقد، ونوع يرجع إلى نفس العقد، ونوع يرجع إلى مكان العقد.

أما الذي يرجع إلى العاقد فالعقل وهو أن يكون العاقد عاقلا حتى لا تنعقد الإجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل، كما لا ينعقد البيع منهما.

وأما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ عندنا، حتى إن الصبي العاقل لو أجر ماله أو نفسه فإن كان مأذونا ينفذ وإن كان محجورا يقف على إجازة الولي عندنا خلافا للشافعي وهي من مسائل المأذون.

ولو أجر الصبي المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل يستحق الأجر ويكون الأجر له، أما استحقاق الأجر فلأن عدم النفاذ كان نظرا له والنظر بعد الفراغ من العمل سليما في النفاذ فيستحق الأجرة ولا يهدر سعيه فيتضرر به، وكان الولي أذن له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير.

وأما كون الأجرة المسماة له فلأنها بدل منافع وهي حقه، وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا، فينفذ عقد المملوك إن كان مأذونا ويقف على إجازة مولاه إن كان محجورا، وعند الشافعي لا يقف بل يبطل، وإذا سلم من العمل في إجارة نفسه أو إجارة مال المولى وجب الأجر المسمى لما ذكرنا في الصبي إلا أن الأجر هنا يكون للمولى؛ لأن العبد ملك المولى، والأجر كسبه، وكسب المملوك للمالك، ولو هلك الصبي أو العبد في يد المستأجر في المدة ضمن؛ لأنه صار غاصبا حيث استعملهما من غير إذن المولى ولا يجب الأجر؛ لأن الأجر مع الضمان **لا يجتمعان**، ولو قتل العبد أو الصبي خطأ فعلى عاقلته الدية أو القيمة وعليه الأجر في ماله؛ لأن إيجاب الأجرة ههنا لا يؤدي إلى الجمع لاختلاف من عليه الواجب، وللمكاتب أن يؤاجر ويستأجر؛ لأنه في مكاسبه كالحر.

وأما كون العاقد طائعا جادا عامدا فليس بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا لكنه من شرائط الصحة كما في بيع العين، وإسلامه ليس بشرط أصلا فتجوز الإجارة والاستئجار من المسلم، والذمي، والحربي المستأمن لأن هذا من عقود المعاوضات فيملكه المسلم، والكافر جميعا كالبياعات، غير أن الذمي إن استأجر دارا من مسلم في المصر فأراد أن يتخذها مصلى للعامة ويضرب فيها بالناقوس له ذلك، ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعوه من ذلك على طريق الحسبة لما فيه من

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٣/٢٤٧

إحداث شعائر لهم وفيه تهاون بالمسلمين، واستخفاف بهم كما يمنع من إحداث ذلك في دار نفسه في أمصار المسلمين ولهذا يمنعون من إحداث الكنائس في أمصار المسلمين قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة» أي لا يجوز إخصاء الإنسان ولا إحداث الكنيسة في دار الإسلام في الأمصار، ولا يمنع أن يصلي فيها بنفسه من غير جماعة؛ لأنه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى ألا ترى أنه لو فعل ذلك في دار نفسه لا يمنع منه، ولو كانت الدار بالسواد ذكر في الأصل أنه لا يمنع من ذلك لكن قيل إن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك في زمانه؛ لأن أكثر أهل السواد في زمانه كانوا أهل الذمة من المجوس فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة، والاستخفاف بالمسلمين.

وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر فكان الحكم فيه كالحكم في المصر، وهذا إذا لم يشرط ذلك في العقد فأما إذا شرط بأن استأجر ذمي دارا من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة لم تجز الإجارة؛ لأنه استئجار على المعصية وكذا لو استأجر ذمي من ذمي ليفعل ذلك لما قلنا، ولا بأس باستئجار ظئر كافرة، والتي ولدت من فجور؛ لأن الكفر والفجور لا يؤثران في اللبن؛ لأن لبنهما لا يضر بالصبي، ويكره استئجار الحمقاء لقوله – صلى الله عليه وسلم – «لا ترضع لكم الحمقاء فإن اللبن يفسد» والظاهر أن المراد منه غير الأم؛ لأن الولادة أبلغ من الرضاع، نهى وعلل بالإفساد؛ لأن حمقها لمرض بها عادة ولبن المريضة يضر بالصبي ويحتمل أن النهي عن ذلك لئلا يتعود الصبي بعادة الحمقى؛ لأن الصبي يتعود بعادة ظئره والله أعلم، وأما الذي يرجع إلى نفس العقد، ومكانه فما ذكرنا في كتاب البيوع.

وأما شرط النفاذ فأنواع منها خلو العاقد عن الردة إذا كان ذكرا في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد ليس بشرط بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عند أبي حنيفة، وعندهما نافذة، وتصرفات المرتدة نافذة." (١)

"على القصار، والضمان على سائق الحمولة؛ لأن الجناية من السائق؛ لأن المشي في الطريق مقيد بالسلامة، فكان التلف مضافا إليه، فكان الضمان عليه.

ولو تكارى رجل دابة ليركبها فضربها فعطبت أو كبحها باللجام فعطبها ذلك فإنه ضامن، إلا أن يأذن له صاحب الدابة في ذلك عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: نستحسن أن لا نضمنه إذا لم يتعد في الضرب المعتاد، والكبح المعتاد، وجه قولهما إن ضرب الدابة وكبحها معتاد متعارف، والمعتاد كالمشروط، ولو شرط ذلك لا يضمن، كذا هذا.

ولأبي حنيفة أن كل واحد منهما من الضرب والكبح مأذون فيه؛ لأن العقد لا يوجب الإذن بذلك لإمكان استيفاء المنافع بدونه، فصار كما لو كان ذلك من أجنبي، على أنا إن سلمنا أنه مأذون فيه لكنه مقيد بشرط السلامة؛ لأنه يفعله لمنفعة نفسه مع كونه مخيرا فيه فأشبه ضربه لزوجته، ودعوى العرف في غير الدابة المملوكة ممنوعة، على أن كونه مأذونا فيه لا يمنع وجوب الضمان إذا كان بشرط السلامة على ما ذكرنا، والله – عز وجل – أعلم.

ومنها الخلاف، وهو سبب لوجوب الضمان إذا وقع غصبا؛ لأن الغصب سبب لوجوب الضمان، وجملة الكلام فيه أن

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ١٧٦/٤

الخلاف قد يكون في الجنس، وقد يكون في القدر، وقد يكون في الصفة، وقد يكون في المكان، وقد يكون في الزمان.
والخلاف من هذه الوجوه قد يكون في استئجار الدواب، وقد يكون في استئجار الصناع كالحائك، والصباغ، والخياط خلا المكان.

أما استئجار الدواب فالمعتبر في الخلاف فيه في الجنس والقدر، والصفة في استئجار الدواب ضرر الدابة، فإن كان الخلاف فيه في الجنس ينظر: إن كان ضرر الدابة فيه بالخفة والثقل يعتبر الخلاف فيه من جهة الخفة والثقل، فإن كان الضرر في الثاني أكثر يضمن كل القيمة إذا عطبت الدابة؛ لأنه يصير غاصبا لكلها، وإن كان الضرر في الثاني مثل الضرر في الأول أو أقل لا يضمن عندنا؛ لأن الإذن بالشيء إذن بما هو مثله أو دونه فكان مأذونا بالانتفاع به من هذه الجهة دلالة، فلا يضمن وإن كان ضرر الدابة فيه لا من حيث الخفة والثقل بل من وجه آخر لا يعتبر فيه الخلاف من حيث الخفة، والثقل، وإنما يعتبر من ذلك الوجه؛ لأن ضرر الدابة من ذلك الوجه، وإن كان الخلاف في القدر، والضرر فيه من حيث الخفة والثقل يعتبر الخلاف في ذلك القدر، ويجب الضمان بقدره؛ لأن الغصب يتحقق بذلك القدر، وإن كان الضرر فيه من جهة أخرى تعتبر تلك الجهة في الضمان لا الخفة، والثقل، وإن كان الخلاف في الصفة، وضرر الدابة ينشأ منها يعتبر الخلاف فيها، ويبنى الضمان عليها.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت يضمن قيمتها؛ لأن الحنطة أثقل من الشعير وليس من جنسه، فلم يكن مأذونا فيه أصلا، فصار غاصبا كل الدابة متعديا عليها فيضمن كل قيمتها، ولا أجر عليه؛ لأن الأجر مع الضمان **لا يجتمعان**؛ لأن وجوب الضمان لصيرورته غاصبا، ولا أجرة على الغاصب على أصلنا، ولأن المضمونات تملك على أصل أصحابنا، وذا يمنع وجوب الأجرة عليه.
ولو استأجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلا آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها فعطبت لا يضمن، وكذلك من استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا سماه فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالأرض، وكذلك إن استأجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة فحمل عليها قفيزا من شعير.
وكذا إذا استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا آخر ضرره أقل من ضرر المسمى، وهذا كله استحسان، وهو قول أصحابنا الثلاثة، والقياس أن يضمن، وهو قول زفر؛ لأن الخلاف قد تحقق فتحقق الغصب، ولنا أن الخلاف إلى مثله أو إلى ما هو دونه في الضرر لا يكون خلافا معنى؛ لأن رضا الثاني إذا كان مثله في الضرر كان الرضا بالأول رضا بالثاني، وإذا كان دونه في الضرر فإذا رضي بالأول كان بالثاني أرضى فصار كما لو استأجرها ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره، وهما متساويان في الكيل، أو ليحمل عليها عشرة فحمل عليها تسعة أنه لا يصير مخالفا، كذا هذا.

، ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها أحد عشر فإن سلمت فعليه ما سمى من الأجرة، ولا ضمان عليه.
وإن عطبت ضمن جزءا من أحد عشر جزءا من قيمة الدابة، وهو قول عامة العلماء.

وقال زفر وابن أبي ليلى: يضمن قيمة كل الدابة؛ لأن التلف حصل بالزيادة فكانت الزيادة علة التلف، ولنا أن تلف الدابة حصل بالثقل، والثقل بعضه مأذون فيه، وبعضه غير مأذون فيه، فيقسم التلف أحد عشر." (١)

"في جميع الطريق، ولم يوجد فلا يجب.

وأما الخلاف في الزمان فنحو أن يستأجر دابة ليركبها، أو يحمل عليها مدة معلومة فانتفع بها زيادة على المدة فعطبت في يده ضمن؛ لأنه صار غاصبا بالانتفاع بها فيما وراء المدة المذكورة.

وأما استئجار الصناع من الحائك، والخياط والصباغ، ونحوهم.

فالخلاف إن كان في الجنس بأن دفع ثوبا إلى صباغ ليصبغه لونا فصبغه لونا آخر فصاحب الثوب بالخيار: إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض، وسلم الثوب للأجير، وإن شاء أخذ الثوب، وأعطاه ما زاد الصبغ فيه إن كان الصبغ مما يزيد.

أما خيار التضمين فلفوات غرضه؛ لأن الأغراض تختلف باختلاف الألوان فله أن يضمنه قيمة ثوب أبيض لتفويته عليه منفعة مقصودة، فصار متلفا الثوب عليه، فكان له أن يضمنه، وإن شاء أخذ الثوب؛ لأن الضمان وجب حقا له فله أن يسقط حقه، ولا أجر له؛ لأنه لم يأت بما وقع عليه العقد رأسا حيث لم يوف العمل المأذون فيه أصلا، فلا يستحق الأجر، كالغاصب إذا صبغ الثوب المغصوب، ويعطيه ما زاد الصبغ فيه إن كان الصبغ مما يزيد كالحمرة، والصفرة ونحوهما؛ لأنه عين مال قائم بالثوب فلا سبيل إلى أخذه مجانا بلا عوض فيأخذه، ويعطيه ما زاد الصبغ فيه رعاية للحقين ونظرا من الجانبين كالغاصب، وإن كان الصبغ مما لا يزيد كالسواد على أصل أبي حنيفة فاختار أخذ الثوب لا يعطيه شيئا بل يضمنه نقصان الثوب في قول أبي حنيفة، بناء على أن السواد لا قيمة له عنده فلا يزيد بل ينقص، وعندهما له قيمة فكان حكمه حكم سائر الألوان، ولو استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها؛ لأن الرطبة مع الزرع جنسان مختلفان إذ الرطبة ليست لها نهاية معلومة، بخلاف الزرع، وكذا الرطبة تضر بالأرض ما لا يضرها الزرع، فصار بالاشتغال بزراعة الرطبة غاصبا إياها بل متلفا، ولا أجر له؛ لأن الأجر مع الضمان **لا يجتمعان**، وقال هشام عن محمد في رجل أمر إنسانا أن ينقش في فضة اسمه، فنقش اسم غيره أنه يضمن الخاتم؛ لأنه فوت الغرض المطلوب من الخاتم، وهو الختم به فصار كالمتلف إياه قال: وإذا أمر رجلا أن يحمر له بيتا فخضره قال محمد: أعطيه ما زادت الخضرة فيه، ولا أجرة له؛ لأنه لم يعمل ما استأجره عليه رأسا فلا يستحق الأجرة، ولكن يستحق قيمة الصبغ الذي زاد في البيت لما مر، ولو دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب، وإن شاء أخذ القباء، وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمي؛ لأن القباء، والقميص مختلفان في الانتفاع فصار مفوتا منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فله أن يضمنه، وله أن يأخذه، ويعطيه أجر مثله لما قلنا.

، وإذا كان الخلاف في الصفة نحو أن دفع إلى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ مسمى فصبغه بصبغ آخر لكنه من جنس ذلك

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٤/٢١٣

اللون فلصاحب الثوب أن يضمنه قيمته أبيض، ويسلم إليه الثوب، وإن شاء أخذ الثوب، وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمي.

أما ثبوت الخيار فلما ذكرنا من الخلاف في الجنس، وإنما، وجب الأجر ههنا؛ لأن الخلاف في الصفة لا يخرج العمل من أن يكون معقودا عليه، فقد أتى بأصل المعقود عليه إلا أنه لم يأت بوصفه، فمن حيث إنه لم يأت بوصفه المأذون فيه لم يجب المسمى، ومن حيث إنه أتى بالأصل، وجب أجر المثل، ولا يجاوز به المسمى؛ لأن هذا شأن أجر المثل لما نذكر إن شاء الله تعالى.

وروى هشام عن محمد فيمن دفع إلى رجل شبها ليضرب له طشتا موصوفا معروفا فضرب له كوزا قال: إن شاء ضمنه مثل شبهه ويصير الكوز للعامل، وإن شاء أخذه أعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمي؛ لأن العقد وقع على الضرب والصناعة صفة، فقد فعل المعقود عليه بأصله، وخالف في، وصفه فيثبت للمستعمل الخيار، وعلى هذا إذا دفع إلى حائك غزلا ليحوك له ثوبا صفيقا فحاك له ثوبا رقيقا أو شرط عليه أن يحوك له ثوبا رقيقا فحاكه صفيقا إن صاحب الغزل بالخيار: إن شاء ضمنه غزله، وإن شاء أخذ الثوب، وأعطاه مثل أجر عمله لا يجاوز ما سمي، وذكر في الأصل إذا دفع خفه إلى خفاف لينعله فأنعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف، فصاحب الخف بالخيار: إن شاء ضمنه خفه، وإن شاء أخذه، وأعطاه أجر مثله في عمله، وقيمة النعل، لا يجاوز به ما سمي، وإن كان ينعل بمثله الخفاف فهو جائز، وإن لم يكن جيدا.

وأما ثبوت الخيار إذا أنعله بما لا ينعل بمثله الخفاف فلأنه لم يأت بالمأمور به رأسا بل أتى بالمأمور به ابتداء فصار كالغاصب إذا أنعل الخف." (١)

"مقتضى العقد.

وكذا لو شرط في المضاربة عمل رب المال، فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل؛ لأن شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال، وإنه شرط فاسد.

ولو سلم رأس المال إلى رب المال ولم يشترط عمله، ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة جاز؛ لأن الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده، وسواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد لا بد من زوال يد رب المال عن ماله؛ لتصح المضاربة، حتى إن الأب أو الوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة، وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة؛ لأن يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم، وكذلك أحد شريكي المفاوضة، أو العنان إذا دفع مالا مضاربة، وشرط عمل شريكه مع المضارب؛ لأن لشريكه فيه ملكا فيمنع التسليم.

(فأما) العاقد إذا لم يكن مالكا للمال فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب، فإن كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة لم تفسد المضاربة، كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة، وشرطا أن يعملا مع المضارب بجزء من الربح؛ لأنهما لو أخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما جاز، فكذا إذا شرطا عملهما مع المضارب وصار كالأجنبي، وإن كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة، فشرط عمله، فسد العقد، كالمأذون إذا دفع مالا مضاربة وشرط عمله مع

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٤/٢١٦

المضارب؛ لأن المأذون وإن لم يكن مالكا رقبة المال فيد التصرف ثابتة له عليه، فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف، فكان قيام يده مانعا من التسليم والقبض، فيمنع صحة المضاربة، وإن شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة؛ لأن المولى هو المالك للمال حقيقة، فإذا حصل المال في يده فقد وجد يد المالك فيمنع التسليم، وإن كان عليه دين فالمضاربة جائزة في قول أبي حنيفة – رحمه الله – لأن المولى لا يملك هذا المال فصار كالأجنبي.

(وأما) المكاتب إذا شرط عمل مولاه لم تفسد المضاربة؛ لأن المولى لا يملك إكساب مكاتبه، وهو فيها كالأجنبي.

ولو دفع إلى إنسان مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه، ودفعه المضارب الأول إلى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال، فالمضاربة فاسدة؛ لأن اليد للمضارب والملك للمولى، وكل ذلك يمنع من التسليم، وقد قالوا في المضارب: إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة، والمضاربة الأولى على حالها جائزة، والربح بين رب المال وبين المضارب على ما شرطا في المضاربة الأولى، ولا أجر لرب المال.

(وأما) فساد المضاربة الثانية فلأن يد رب المال يد ملك، ويد الملك مع يد المضارب **لا يجتمعان**، فلا تصح المضاربة الثانية، وبقيت المضاربة الأولى على حالها، ولم يذكر القدوري – رحمه الله – في شرحه مختصر الكرخي خلافا، وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي: أن هذا مذهب أصحابنا الثلاثة وعند زفر – رحمه الله – تنفسخ المضاربة الأولى بدفع المال إلى رب المال والرد عليه.

(وجه) قوله أن زوال يد رب المال شرط صحة المضاربة، فكانت إعادة يده إليه مفسدة لها.

(ولنا) أن رب المال يصير معينا للمضارب، والإعانة لا توجب إخراج المال عن يده، فيبقى العقد الأول، ولا أجر لرب المال؛ لأنه عمل في ملك نفسه، فلا يستحق الأجر.

(وأما) الذي يرجع إلى الربح فأنواع.

(منها) إعلام مقدار الربح؛ لأن المعقود عليه هو الربح، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ولو دفع إليه ألف درهم عن أنهما يشتركان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك، والربح بينهما نصفان؛ لأن الشركة تقتضي المساواة قال الله تعالى عز شأنه: فهم شركاء في الثلث ولو قال: على أن للمضارب شركا في الربح جاز في قول أبي يوسف، والربح بينهما نصفان، وقال محمد: المضاربة فاسدة.

(وجه) قول محمد أن الشركة هي النصيب، قال الله تعالى ﴿أم لهم شرك في السماوات﴾ [الأحقاف: ٤] أي نصيب.

وقال تعالى ﴿وما لهم فيهما من شرك﴾ [سبأ: ٢٢] أي نصيب فقد جعل له نصيبا من الربح، والنصيب مجهول فصار الربح مجهولا.

(وجه) قول أبي يوسف أن الشرك بمعنى الشركة، يقال: شركته في هذا الأمر أشركه شركة وشركا قال القائل:

وشاركنا قريشا في بقاها ... وفي أحسابها شرك العنان

ويذكر بمعنى النصيب أيضا، لكن في الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها.

(ومنها) أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزءا شائعا، نصفا أو ثلثا أو ربعا، فإن شرطا عددا مقدرا بأن." (١)

"بدار الحرب بعد ردته فباع واشترى هناك، ثم رجع مسلما، فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب يكون له، ولا ضمان عليه في شيء من ذلك؛ لأنه لما لحق بدار الحرب صار كالحربي إذا استولى على مال إنسان، ولحق بدار الحرب، إنه يملكه، فكذا المرتد، وأما ارتداد المرأة أو عدم ارتدادها سواء في قولهم جميعا، سواء كان المال لها أو كانت مضاربة؛ لأن ردتها لا تؤثر في ملكها، إلا أن تموت، فتبطل المضاربة كما لو ماتت قبل الردة، أو لحقت بدار الحرب، وحكم بلحاقها، لما ذكرنا أن ذلك بمنزلة الموت، وتبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئا في قول أصحابنا؛ لأنه تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة، وكذلك لو استهلكه المضارب أو أنفقه أو دفعه إلى غيره، فاستهلكه لما قلنا حتى لا يملك أن يشتري به شيئا للمضاربة به، فإن أخذ مثله من الذي استهلكه، كان له أن يشتري به على المضاربة، كذا روى الحسن عن أبي حنيفة؛ لأنه أخذ عوض رأس المال، فكان أخذ عوضه بمنزلة أخذ ثمنه، فيكون على المضاربة.

وروى ابن رستم عن محمد أنه لو أقرضها المضارب رجلا، فإن رجع إليه الدراهم بعينها، رجعت على المضاربة؛ لأنه وإن تعدى يضمن لكن زال التعدي فيزول الضمان المتعلق به، وإن أخذ مثلها لم يرجع في المضاربة؛ لأن الضمان قد استقر بهلاك العين، وحكم المضاربة مع الضمان **لا يجتمعان**.

ولهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في الاستهلاك، هذا إذا هلك مال المضاربة قبل أن يشتري المضارب شيئا، فإن هلك بعد الشراء بأن كان مال المضاربة ألفا، فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الألف، فقد قال أصحابنا: الجارية على المضاربة ويرجع على رب المال بالألف، فيسلمها إلى البائع، وكذلك إن هلكت الثانية التي قبض يرجع بمثلها على رب المال، وكذلك سبيل الثالثة والرابعة، وما بعد ذلك أبدا حتى يسلم إلى البائع، ويكون ما دفعه أولا رب المال، وما غرم كله من رأس المال، وإنما كان كذلك لأن المضارب متصرف لرب المال، فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه كالوكيل.

غير أن الفرق بين الوكيل والمضارب أن الوكيل إذا هلك الثمن في يده فرجع بمثله إلى الموكل، ثم هلك الثاني لم يرجع على الموكل، والمضارب يرجع في كل مرة، ووجه الفرق أن الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل؛ لأن المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح، فإذا اشترى فقد حصل المقصود فانتهى عقد الوكالة بانتهائه، ووجب على الوكيل الثمن للبائع، فإذا هلك في يده قبل أن ينقده البائع، وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه، فإذا قبضه مرة فقد استوفى حقه، فلا يجب له عليه شيء آخر فأما المضاربة فإنها لا تنتهي بالشراء؛ لأن المقصود منها الربح، ولا يحصل إلا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى، فإذا بقي العقد فكان له أن يرجع ثانيا وثالثا، وما غرم رب المال مع الأول يصير كله رأس المال؛ لأنه غرم لرب المال بسبب المضاربة، فيكون كله من مال المضاربة، ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يصر ما غرم رب المال من رأس المال ويهلك مجانا، يتضرر به رب المال؛ لأنه يخسر ويربح المضارب، وهذا لا يجوز.

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٨٥/٦

ولو قبض المضارب الألف الأولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين، ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان، فهلكت الألفان قبل أن ينقدها البائع، فإنه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة، ويغرم المضارب من ماله خمسمائة، وهي حصته من الربح، فيكون ربع الجارية للمضارب خاصة، وثلاثة أرباعها على المضاربة، ورأس المال في هذه الثلاثة الأربا ع ألفان وخمسمائة.

وإنما كان كذلك؛ لأنه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها أرباعا، ربعها للمضارب وثلاثة أرباعها لرب المال؛ لأنه اشتراها بعد ما ظهر ملك المضارب في الربح؛ لأنه اشتراها بألفين، ورأس المال ألف – فحصة رب المال من الربح خمسمائة، وحصة المضارب خمسمائة، فما اشتراه لرب المال رجع عليه، وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه، وإنما خرج ربح الجارية من المضاربة؛ لأن القاضي لما ألزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه، ولا يتعين إلا بالقيمة، فخرج الربح من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه، وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة، فصار ذلك زيادة في رأس المال، فصار رأس المال ألفين وخمسمائة، فإن بيعت هذه الجارية بأربعة آلاف، منها للمضارب ألف؛ لأن ذلك حصته من الربح، فكان ملكه، وبقي ثلاثة آلاف على المضاربة، لرب المال منها ألفان، وخمسمائة رأس ماله، يبقى ربح خمسمائة." (١)

"المشتري؛ لأن كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض، فإن ضمن المرتهن، جاز البيع والثمن للمرتهن، وكان الضمان رهنا؛ لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه با ع ملك نفسه؛ فجاز وكان الثمن له؛ لأنه بدل ملكه، والضمان يكون رهنا؛ لأنه بدل المرهون فيكون مرهونا، وقيل: إنما يجوز البيع بتضمين المرتهن إذا سلم الرهن إلى المشتري أولا، ثم باعه منه، فأما إذا باعه ثم سلمه، فإنه لا يجوز؛ لأن سبب ثبوت الملك هو التسليم؛؛ لأنه سبب وجوب الضمان، وملك المضمون بملك الضمان، والتسليم وجد بعد البيع؛ فلا يجوز البيع، كما إذا با ع مال غيره بغير إذنه ثم اشتراه منه، أنه لا يجوز بيعه كذا هذا، وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل.

ولو ضمن المشتري، بطل البيع؛ لأن بتضمين المشتري لم يتبين أن المرتهن با ع مال نفسه، والضمان يكون رهنا؛ لأنه بدل المرهون، ويرجع المشتري على البائع بالثمن؛ لأن البيع لم يصح وليس له أن يرجع بالضمان عليه، وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير إذن الراهن؛؛ لأن الهبة والتصدق تمليك العين، والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين، فلا يملكها كما لا يملك البيع، فإن فعل، وقف على إجازة الراهن إن أجاز، جاز وبطل الرهن، وإن رد، عاد رهنا كما كان.

ولو هلك في يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الإجازة، فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن وإن شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه؛ لما ذكرنا، وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه، أما المرتهن فلا شك فيه؛ لأنه ملك المرهون بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه، (وأما) الموهوب له والمتصدق عليه؛ فلأن الرجوع بالضمان بحكم الضرر، وأنه لا يتحقق في الهبة والصدقة بخلاف البيع والإجارة وليس له أن يؤاجره من غير الراهن بغير إذنه؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يملكها من غيره؟ فإن فعل، وقف على إجازة الراهن فإن أجاز، جاز وبطل الرهن؛ لما ذكرنا فيما تقدم، وكانت الأجرة للراهن ولا تكون رهنا؛ لما مر، وولاية قبضها للمرتهن؛؛ لأن القبض من حقوق العقد، والعاقد هو المرتهن، ولا يعود رهنا إذا انقضت مدة الإجارة؛ لأن العقد قد بطل فلا يعود إلا بالاستئناف،

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٦/١١٣

وإن رد، بطل وأعاده رهنا كما كان.

ولو أجره بغير إذن الراهن وسلمه إلى المستأجر فهلك في يده، فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم إلى المستأجر، وإن شاء ضمن المستأجر؛ لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض، غير أنه إن ضمن المرتهن، لا يرجع بالضمان على المستأجر، لكنه يرجع عليه بأجرة قدر المستوفى من المنافع إلى وقت الهلاك؛ لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه؛ فصح وكانت الأجرة له؛ لأنها بدل منفعة مملوكة له إلا أنها لا تطيب له، وإن ضمن المستأجر، فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن؛ لأنه صار مغرورا من جهته، فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا أجرة عليه؛ لأن الأجرة والضمان **لا يجتمعان**.

ولو سلم واسترده المرتهن، عاد رهنا كما كان؛ لأنه لما استرده فقد عاد إلى الوفاق بعد ما خالف؛ فأشبه المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق، والأجر للمرتهن لكن لا يطيب له، كالغاصب إذا آجر المغصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير إذنه؛ لما ذكرنا في الإجارة فإن أعاره وسلمه إلى المستعير، فللراهن أن يبطل الإعارة، فإن هلك في يد المستعير، فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن، وإن شاء ضمن المستعير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه، ويكون الضمان رهنا.

(أما) عدم الرجوع على المرتهن؛ فلأنه ملكه بالضمان فتبين أنه أعار ملكه.

(وأما) المستعير؛ فلأن الرجوع بالغرر، ولم يوجد بخلاف الإجارة (وأما) كون الضمان رهنا؛ فلأنه بدل المرهون فيكون مرهونا، وإن سلم واسترده من المستعير، عاد رهنا كما كان؛ لأنه عاد إلى الوفاق فالتحق الخلاف فيه بالعدم ولو أعاره بإذن الراهن أو بغير إذنه وأجاز، جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن؛ لما نذكر، بخلاف الإجارة فإنها تبطل الرهن، وقد مر الفرق، وليس له أن يرهنه بغير إذن الراهن؛ لأنه لم يرض بحبس غيره فإن فعل، فللراهن الأول أن يبطل الرهن الثاني ويعيده إلى يد المرتهن الأول؛ لأن الرهن الثاني لم يصح، فلو هلك في يد المرتهن الثاني قبل الإعادة إلى الأول، فالراهن الأول بالخيار إن شاء ضمن المرتهن الأول، وإن شاء ضمن المرتهن الثاني، فإن ضمن المرتهن الأول، جاز الرهن الثاني؛ لأنه ملكه المرتهن الأول بالضمان، فتبين أنه رهن ملك نفسه ولو هلك في يد المرتهن." (١)

"لأن كل سارق لا يعجز عن إظهار ذلك فيسقط القطع عن نفسه، وهذا قبيح فما يؤدي إليه مثله.

[فصل في بيان ما تظهر به السرقة عند القاضي]

(فصل) :

وأما بيان ما تظهر به السرقة عند القاضي فنقول: - وبالله التوفيق - السرقة الموجبة للقطع عند القاضي تظهر بأحد أمرين: أحدهما: البينة، والثاني: الإقرار.

أما البينة فتظهر بها السرقة إذا استجمعت شرائطها؛ لأنها خبر يرجح فيه جنبة الصدق على جنبة الكذب فيظهر المخبر

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ١٤٧/٦

به، وشرائط قبول البينة في باب السرقة بعضها يعم البينات كلها، قد ذكرنا ذلك في كتاب الشهادات، وبعضها يخص أبواب الحدود، والقصاص، وهو الذكورة، والعدالة، والأصالة فلا تقبل فيها شهادة النساء، ولا شهادة الفساق، ولا الشهادة على الشهادة؛ لأن في شهادة هؤلاء زيادة شبهة، لا ضرورة إلى تحملها فيما يحتال لدفعه، ويحتاط لدرئه، وكذا عدم تقادم العهد إلا في حد القذف، والقصاص حتى لو شهدوا بالسرقة بعد حين لم تقبل ولا يقطع، ويضمن المال، والأصل أن التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة، ولا يبطلها على حد القذف، ولا يبطل الإقرار أيضا.

والفرق ذكرناه في كتاب الحدود، وإنما ضمن المال؛ لأن التقادم إنما يمنع من الشهادة على الحدود الخالصة للشبهة، والشبهة تمنع وجوب الحد، ولا تمنع وجوب المال، وبعضها يخص أرباب الأموال والحقوق، وهو الخصومة، والدعوى ممن له يد صحيحة، حتى لو شهدوا أنه سرق من فلان الغائب لم تقبل شهادتهم ما لم يحضر المسروق، منه ويخاصم لما ذكرنا أن كون المسروق ملكا لغير السارق شرط لكون الفعل سرقة ولا يظهر ذلك إلا بالخصومة فإذا لم توجد الخصومة لم تقبل شهادتهم، ولكن يحبس السارق؛ لأن إخبارهم أورث تهمة، ويجوز الحبس بالتهمة؛ لما روي أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «حبس رجلا بالتهمة» وهل يشترط حضور المولى لقبول البينة القائمة على سرقة عبده مال إنسان، والعبد يجحد اختلف فيه قال أبو حنيفة - عليه الرحمة -: يشترط حتى لو كان مولاه غائبا لم تقبل البينة، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - رواية أخرى أنه لا يشترط، ويقضى عليه بالقطع، وإن كان مولاه غائبا.

(وجه) هذه الرواية أن القطع إنما يجب على العبد بالسرقة من حيث إنه آدمي مكلف لا من حيث إنه مال مملوك للمولى، ومن هذا الوجه المولى أجنبي عنه فلا معنى لاشتراط حضرته، كما لا تشترط حضرة سائر الأجانب؛ ولهذا لو أقر بالسرقة نفذ إقراره، ولا يشترط حضور المولى كذا هذا.

(وجه) قول أبي حنيفة - عليه الرحمة -: أن هذه البينة تتضمن إتلاف ملك المولى فلا يقضى بها مع غيبة المولى كالبينة القائمة على ملك شيء من رقبة العبد، ولأن من الجائز أنه لو كان حاضرا لادعى شبهة مانعة من قبول الشهادة، والحدود تدرأ ما أمكن، بخلاف الإقرار؛ لأنه بعد ما وقع موجبا للحد لا يملك المولى رده بوجه فلم تتمكن فيه شبهة، ولا تظهر السرقة بالنكول حتى لو ادعى على رجل سرقة فأنكر فاستخلف فنكل لا يقضى عليه بالقطع، ويقضى بالمال؛ لأن النكول إما أن يجري مجرى البدل.

والقطع مما لا يحتمل البدل والإباحة، والمال يحتمل البدل والإباحة، وإما أن يجري مجرى إقرار فيه شبهة العدم؛ لكونه إقرارا من طريق السكوت لا صريحا، والشبهة تمنع وجوب الحد، ولا تمنع وجوب المال.

(وأما) الإقرار فتظهر به السرقة الموجبة للقطع أيضا؛ لأن الإنسان غير متهم في الإقرار على نفسه بالإضرار بنفسه فتظهر به السرقة، كما تظهر بالبينة، وبل أولى؛ لأن المرء قد يتهم في حق غيره ما لا يتهم في حق نفسه، وسواء كان الذي أقر بالسرقة عبدا مأذونا، أو محجورا بعد أن كان من أهل وجوب القطع عليه، وعند زفر - رحمه الله - لا يقطع بإقرار العبد من غير تصديق المولى.

وجملة الكلام: أن العبد إذا أقر بسرقة عشرة دراهم لا يخلو إما أن كان مأذونا، أو محجورا، والمال قائم، أو هالك فإن كان مأذونا؛ يقطع ثم إن كان المال هالكا، أو مستهلكا لا ضمان عليه سواء صدقه مولاه في إقراره، أو كذبه؛ لأن القطع مع

الضمان لا يجتمعان عندنا، وإن كان المال قائما فهو للمسروق منه، وهذا قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر - رحمه الله -: لا يقطع من غير تصديق المولى، والمال للمسروق منه.

(وجه) قوله: أن إقرار العبد يتضمن إتلاف مال المولى؛ لأن ما في يد العبد مال مولاه فلا يقبل من غير تصديق المولى.

(ولنا) أن العبد غير متهم في هذا الإقرار؛ لأن المولى إن كان يتضرر به فضرر العبد أعظم، فلم يكن متهما في إقراره فيقبل؛ ولأنه لا ملك للمولى في يد العبد في حق القطع، كما لا ملك له في نفسه في حق القتل، فكان العبد فيه مبقى على أصل الحرية فيقبل إقراره كالحر، وبه." (١)

"في يد السارق كان للمرتهن أن يقطعه، ولا سبيل للراهن عليه؛ لأن المرتهن كان له ولاية القطع قبل الهلاك، وهلاك المحل لا يسقط القطع فيثبت الولاية.

(فأما) الراهن فلم يبق له حق في المرهون ألا ترى أنه سقط عنه الدين بهلاكه فلا تثبت له ولاية المطالبة.

(وأما) السارق فلا يملك الخصومة؛ لأن يده ليست بمضمونة؛ لأنها ليست بيد ملك، ولا يد ضمان، ولا يد أمانة فصار الأخذ من يده كالأخذ من الطريق فلم يكن له أن يخاصم الثاني بالقطع، ولا للمالك أيضا ولاية المخاصمة؛ لأن أخذ المال من اليد الصحيحة شرط وجوب القطع، ولم يوجد فلا يجب القطع، فلا تثبت له ولاية المطالبة.

وهل للسارق الأول أن يطالب الثاني برد المسروق إلى يده قالوا: فيه روايتان في رواية له ذلك، وفي رواية ليس له ذلك.

(وجه) الرواية الأولى على نحو ما بينا: أن المسروق منه لم تكن له يد صحيحة فصار الأخذ منه كالأخذ من الطريق سواء.

(وجه) الرواية الثانية: أن من الجائز أن يختار المالك الضمان، ويترك القطع فيحتاج إلى أن يسترده من يده فيدفع إليه فيتخلص عن الضمان كما في الغصب، ونحوه على ما مر وذكر القدوري - عليه الرحمة - أنه يجوز أن يقال ما لم يقطع فله ذلك.

(وأما) بعد القطع فليس له ذلك؛ لأن قبل القطع يحتمل اختيار الضمان، وبعده لا، قال ويجوز أن يقال له ذلك بعد القطع أيضا؛ لأن الضمان إن لم يجب عليه في القضاء فهو واجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى؛ فيحتاج إلى الاسترداد ليتخلص عن الضمان الواجب عليه فيما بينه وبين الله - سبحانه وتعالى - ولا تظهر السرقة الموجبة للقطع بعلم القاضي، سواء استفاده قبل زمان القضاء، أو في زمان القضاء؛ لما ذكرنا في كتاب أدب القاضي، والله سبحانه وتعالى أعلم.

[فصل في حكم السرقة]

(فصل) :

وأما حكم السرقة فنقول - وبالله التوفيق -: للسرقة حكمان: أحدهما: يتعلق بالنفس، والآخر: يتعلق بالمال (أما) الذي يتعلق بالنفس فالقطع لقوله سبحانه وتعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] ؛ ولما روينا من الأخبار، وعليه إجماع الأمة، فالكلام في هذا الحكم يقع في مواضع: في بيان صفات هذا الحكم، وفي بيان محل إقامته، وفي بيان من

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٨١/٧

يقيمه، وفي بيان ما يسقط بعد ثبوته، وفي بيان حكم السقوط بعد الثبوت، أو عدم الثبوت أصلا لمانع من الشبهة.

(أما) صفات هذا الحكم فأنواع: (منها) أن يبقى وجوب ضمان المسروق عندنا فلا يجب الضمان والقطع في سرقة واحدة، ولقب المسألة أن الضمان، والقطع هل يجتمعان في سرقة واحدة؟ عندنا **لا يجتمعان** حتى لو هلك المسروق في يد السارق بعد القطع، أو قبله لا ضمان عليه، وعند الشافعي – رحمه الله –: فيقطع، ويضمن ما استهلكه.

(وجه) قوله: أنه وجد من السارق سبب وجوب القطع والضمان؛ فيجبان جميعا، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه وجد منه السرقة، وإنها سبب لوجوب القطع، والضمان؛ لأنها جناية حقين: حق الله – عز وجل – وحق المسروق منه.

(أما) الجناية على حق الله – سبحانه وتعالى – فهتك حرمة حفظ الله – سبحانه وتعالى – إذ المال حال غيبة المالك محفوظ بحفظ الله – سبحانه وتعالى –.

(وأما) الجناية على حق العبد فبإتلاف ماله، فكانت الجناية على حقين، فكانت مضمونة بضمانين فيجب ضمان القطع من حيث إنها جناية على حق الله – سبحانه وتعالى – وضمان المال من حيث إنها جناية على حق العبد، كمن شرب خمر الذمي أنه يجب عليه الحد حقا لله تعالى، والضمان حقا للعبيد، وكذا قتل الخطأ يوجب الكفارة حقا لله تعالى، والدية حقا للعبد، كذا هذا، والدليل عليه أن المسروق لو كان قائما يجب رده على المالك فدل أنه بقي معصوما حقا للمالك.

(ولنا) الكتاب، والسنة، والمعقول: أما الكتاب العزيز فقوله سبحانه وتعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا﴾ [المائدة: ٣٨] ، والاستدلال بالآية من وجهين: أحدهما: أن الله – سبحانه وتعالى – سمى القطع جزاء، والجزاء يبنى على الكفاية فلو ضم إليه الضمان لم يكن القطع كافيا فلم يكن جزاء تعالى الله – سبحانه عز شأنه – عن الخلف في الخبر والثاني: أنه جعل القطع كل الجزاء؛ لأنه عز شأنه ذكره، ولم يذكر غيره فلو أوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء؛ فيكون نسخا لنص الكتاب العزيز.

وأما السنة فما روي عن – سيدنا – عبد الرحمن بن عوف – رضي الله عنه – عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «إذا قطع السارق فلا غرم عليه» ، والغرم في اللغة ما يلزم أداؤه، وهذا نص في الباب.

(وأما) المعقول فمن وجهين: أحدهما: بناء، والآخر ابتداء (أما) وجه البناء فهو: أن المضمونات عندنا تملك عند أداء الضمان، أو اختياره من وقت الأخذ فلو ضمنا السارق." (١)

"لأنه سبب لثبوت الملك في العين قبل الهلاك فكان في معنى التجارة، وكذلك عقر الجارية المستحقة بأن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت؛ لأن الواجب، وإن كان قيمة منافع البضع لكن منافع البضع لا تتقوم إلا بالعقد فتلحق بالواجب بالعقد فكان في حكم ضمان التجارة، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، ومنها: النكاح بإذن المولى؛ لأنه لم يشرع بدون المهر.

[فصل في بيان سبب ظهور الدين الذي يلحق المأذون]

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٨٤/٧

(فصل) :

وأما بيان سبب ظهور الدين فسبب ظهوره شيئان: أحدهما إقراره بالدين وبكل ما هو سبب لتعلق الدين بمحل يستوفى منه وهو ما ذكرنا؛ لأن إظهار ذلك بالإقرار من ضرورات التجارة على ما بينا فيملكه المأذون، والثاني قيام البينة على ذلك عند الإنكار؛ لأن البينة حجة مظهرة للحق ولا ينتظر حضور المولى بل يقضى عليه ولو كان محجورا فقامت البينة عليه بالغصب لم يقض عليه حتى يحضر المولى.

(ووجه) الفرق أن الشهادة في المأذون قامت عليه لا على المولى؛ لأن يد التصرف له لا للمولى فيملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة عليه لا على المولى فلا معنى لشرط حضور المولى بخلاف المحجور؛ لأنه لا يد له فلا يملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة على المولى فشرط حضوره لئلا يكون قضاء على الغائب، ولو ادعى على العبد المحجور وديعة مستهلكة أو بضاعة أو شيئا كان أصله أمانة لا يقضى بها للحال عند أبي حنيفة ومحمد - عليهما الرحمة - وعند أبي يوسف - رحمه الله - يقضى بها للحال بناء على أن العبد لا يؤاخذ بضمان وديعة مستهلكة للحال عندهما، وإنما يؤاخذ به بعد العتاق فيتوقف القضاء بالضمان إليه، وعنده يؤاخذ به للحال فلا يتوقف، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وكذلك لو أقامت البينة على إقرار المأذون بذلك قضي عليه ولا يشترط حضور المولى، ولو قامت البينة على إقرار المحجور بالغصب لم يقض عليه، وإن كان المولى حاضرا؛ لأن المحجور لو أقر بذلك لما نفذ على مولاه للحال كذا إذا قامت البينة على إقراره بخلاف المأذون، ولو قامت البينة على العبد المأذون أو المحجور على سبب قصاص أو حد من القتل والقذف والزنا والشرب لم يقض بها حتى يحضر المولى عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يقضى بها، وإن كان غائبا وأجمعوا على أنه لو أقر بالحدود والقصاص فإنها تقام من غير حضرة المولى.

(وجه) قول أبي يوسف أن العبد أجنبي عن المولى فيما يرجع إلى الحدود والقصاص ألا ترى أنه يصح إقراره بهما من غير تصديق المولى ولا يصح إقرار المولى من غير تصديقه فكانت هذه شهادة قائمة عليه لا على المولى فلا يشترط حضوره؛ ولهذا لم يشترط حضرة المولى في الإقرار.

(وجه) قولهما أن العبد بجميع أجزائه مال المولى، وإقامة الحدود والقصاص إتلاف ماله عليه فيصان حقه عن الإتلاف ما أمكن، وفي شرط الحضور صيانة حقه عن الإتلاف بقدر الإمكان؛ لأنه لو كان حاضرا عسى يدعي شبهة مانعة من الإقامة، وحق المسلم تجب صيانته عن البطلان ما أمكن ومثل هذه الشبهة مما لا يعد في الإقرار بعد صحته لذلك افترقا، وكذلك إذا قامت البينة على عبد أنه سرق عشرة دراهم وهو يجحد ذلك أنه لو كان المولى حاضرا يقطع ولا يضمن السرقة مأذونا كان أو محجورا بلا خلاف؛ لأن القطع مع الضمان **لا يجتمعان**، وإن كان غائبا فإذا كان العبد مأذونا يضمن السرقة ولا يقطع؛ لأن غيبة المولى لا تمنع القضاء بالضمان في حق المأذون ومتى وجب الضمان امتنع القطع؛ لأنهما **لا يجتمعان** وعلى قياس أبي يوسف هذا والفصل الأول سواء يقطع ولا يضمن السرقة، ولأن حضرة المولى عنده ليس بشرط للقضاء بالقطع والقطع يمنع الضمان، وإن كان محجورا لا تسمع البينة على السرقة فلا يقضى عليه بقطع ولا ضمان عندهما.

(أما) القطع فلأن حضرة المولى شرط ولم يوجد (وأما) الضمان فلأن غيبة المولى تمنع القضاء بالضمان في حق المحجور وعنده

يقطع ولا يضمن لما قلنا، ولو قامت البينة على سرقة ما دون النصاب، فإن كان مأذونا قبلت ولزمه الضمان دون القطع سواء حضر المولى أو غاب؛ لأن سرقة ما دون النصاب لا توجب القطع فبقي دعوى السرقة ودعوى الضمان على المأذون وحضرة المولى ليست بشرط للقضاء بالضمان على المأذون، وإن كان محجورا لا تسمع بينته أصلا.

(أما) على القطع فظاهر.

وأما على المال فلأن حضور المولى شرط القضاء على." [(١)]

"أنه قال «في الجائفة ثلث الدية» فإن نفذت إلى الجانب الآخر فهما جائفتان وفيهما ثلثا الدية.

وقد روي عن سيدنا أبي بكر الصديق أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية.

وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام، ولم ينقل أنه خالفه في ذلك أحد منهم فيكون إجماعا.

وعلى هذا يخرج ما إذا رمى امرأة بحجر فأصاب فرجها فأفضاها به بأن جعل موضع البول والغائط واحدا، وهي تستمسك البول أن عليه ثلث الدية لأن هذا في معنى الجائفة، وجملة الكلام أن المفضاة لا يخلو (إما) أن كانت أجنبية (وإما) أن كانت زوجته، والإفضاء لا يخلو (إما) أن يكون بالآلة (وإما) أن يكون بالحجر أو بالخشب أو الأصبع وما يجري مجراه فإن كانت أجنبية والإفضاء بالآلة فإن كانت مطاوعة ولم يوجد دعوى الشبهة لا من الرجل ولا من المرأة فعليهما الحد لوجود الزنا منهما، ولا مهر على الرجل لأن العقر مع الحد **لا يجتمعان**، ولا أرش لها بالإفضاء سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك؛ لأن التلف تولد من فعل مأذون فيه من قبلها فلا يجب به الضمان كما لو أذنت بقطع يدها فقطعت لا ضمان على القاطع، كذا هذا.

وإن كان الرجل يدعي الشبهة سقط عنه الحد وعنها أيضا، وعلى الزوج العقر لأن الوطء لا يخلو من إيجاب حد أو غرامة، ولا أرش لها بالإفضاء لما ذكرنا.

وإن كانت مستكرهة فإن لم يدع الرجل الشبهة فعليه الحد لوجود الزنا منه، ولا حد عليها لعدم الزنا منها، ولا عقر على الرجل لوجوب الحد عليه، والحد مع العقر **لا يجتمعان**.

وعلى الرجل الأرش بالإفضاء لعدم الرضا منها بذلك ثم إن كانت تستمسك البول ففيه ثلث الدية لأنه جائفة، وإن كانت لا تستمسك البول ففيه كمال الدية لوجود إتلاف العضو بتفويت منفعة الحبس، وإن كان الرجل يدعي الشبهة سقط الحد عنه للشبهة وعنها أيضا لوجود الإكراه ولها الأرش بالإفضاء لما ذكرنا ثم إن كانت تستمسك البول فلها ثلث الدية لأنها جائفة وكمال المهر، وإن كانت لا تستمسك فلها الدية ولا مهر لها في قولهما.

وعند محمد – رحمه الله – لها المهر والدية.

وجه قوله أن سبب وجوب المهر والدية مختلف؛ لأن المهر يجب بإتلاف المنفعة والدية تجب بإتلاف العضو فلا يدخل أحدهما في الآخر، ولهذا لم يدخل المهر في ثلث الدية فيما إذا كانت تستمسك البول حتى وجب عليه كمال المهر مع ثلث الدية، كذا هذا.

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٢٠٢/٧

ولهما أن سبب الوجوب متحد لأن الدية تجب بإتلاف هذا العضو.
والعقر يجب بإتلاف منافع البضع، ومنافع البضع ملحقة بأجزاء البضع فكان سبب وجوبهما واحدا فكان المهر عوضا عن جزء من البضع وضمان الجزء والكل إذا وجد السبب واحد يدخل ضمان الجزء في ضمان الكل كالأب إذا استولد جارية ابنه أنه لا يلزمه العقر، ويدخل في قيمة الجارية لما قلنا، كذا هذا.
وأما وجوب كمال المهر مع ثلث الدية حالة الاستمساك فعلى رواية الحسن عن أبي حنيفة – رضي الله عنهما – لا يجمع بينهما بل الأقل يدخل في الأكثر كما يدخل أرش الموضحة في دية الشعر فكانت المسألة ممنوعة.
ولئن سلمنا على ظاهر الرواية فلا يلزم؛ لأن المنافي لضمان الجزء هو ضمان كل العين وثلث الدية ضمان الجزء، وضمان الجزء لا يمنع ضمان جزء واحد هذا إذا كان الإفضاء بالآلة (فأما) إذا كان بغيرها من الحجر ونحوه فالجواب في هذا الفصل في جميع وجوهه كالجواب في الفصل الأول في الوفاق والخلاف والجمع بين الضمانين وعدم الجمع إلا أن الأرش في هذا الفصل يجب في ماله، وفي الفصل الأول تتحمله العاقلة لأن الإفضاء بالآلة يكون في معنى الخطأ وبغيرها يكون عمدا.
وقال بعض مشايخنا لا وجه لإيجاب المهر في هذا الفصل؛ لأن وجوبه متعلق بقضاء الشهوة ولم يوجد.
وقال بعضهم يجب ويلحق غير الآلة بالآلة تعظيما لأمر الأبضاع كما ألحق الإيلاج بدون الإنزال بالإيلاج مع الإنزال في وجوب الحد وغيره من الأحكام مع قيام شبهة القصور في قضاء الشهوة تفخيما لشأن الفروج، والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا كانت المرأة أجنبية (فأما) إذا كانت زوجته فأفضاها فلا شيء عليه سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك في قولهما.
وقال أبو يوسف كانت لا تستمسك البول فعليه الدية في ماله، وإن كانت تستمسك فعليه ثلث الدية في ماله (وجه) قوله أنه مأذون في الوطء لا في الإفضاء فكان متعديا في الإفضاء فكان مضمونا عليه (ولهما) أن الوطء مأذون فيه شرعا فالمتولد منه لا يكون." (١)

"والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لأن امتناع اللعان من جهته إذ هو ليس من أهله " وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير إليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا " والأصل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لأنه أقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب أن لفظة المغايبة إذا انضمت إليها الإشارة انقطع الاحتمال.
قال: " وإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما " وقال زفر تقع بتلاعنهما لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٣١٩/٧

أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه الصلاة والسلام كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان " وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله " لأن فعل القاضي انتسب إليه كما في العنين " وهو خاطب إذا أكذب نفسه " عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه الصلاة والسلام: " المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا " نص على التأبيد ولهما أن الإكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها **ولا يجتمعان** ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان " ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه " وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة.

" ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في اللعان الأمرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه " لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال وألحقه بها ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده فيتضمنه القضاء بالتفريق وعن أبي يوسف رحمه الله أن القاضي يفرق ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب لأنه ينفك عنه فلا بد من ذكره " فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي " لإقراره بوجوب الحد عليه " وحل له أن يتزوجها " وهذا عندهما لأنه لما حد لم يبق أهلا." (١)

"عشر وخراج في أرض مسلم " ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى بإجماعهم حجة ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان **لا يجتمعان** في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان إلى الأرض وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما " ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة " لأن عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لأنه لا يتحقق عشرا إلا بوجوبه في كل خارج والله أعلم بالصواب.." (٢)

"قال: "وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين" لأن إحداهما كاذبة بيقين وليست إحداهما بأولى من الأخرى "فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل" لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية.

"وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع، وإن قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثورا لم يقطع" وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله "وقالا: لا يقطع في الوجهين" جميعا، وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض، وقيل هو في جميع الألوان. لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى، لأن أمر الحد أهم وصار كالذكورة والأنوثة. وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده، بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه، والذكورة والأنوثة **لا يجتمعان** في واحدة، وكذا الوقوف على ذلك

(١) الهداية في شرح بداية المبتدي المَرْغِيناني ٢٧١/٢

(٢) الهداية في شرح بداية المبتدي المَرْغِيناني ٤٠١/٢

بالقرب منه فلا يشتبه.

قال: "ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدا من فلان بألف وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة" لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد، ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه وكذلك إذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما لما بينا "وكذلك الكتابة" لأن المقصود هو العقد إن كان المدعي هو العبد فظاهر، وكذا إذا كان هو المولى لأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات السبب "وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إذا كان المدعي هو المرأة أو العبد أو القاتل" لأن المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه، وإن كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لأنه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن، إن كان المدعى هو الرهن لا يقبل لأنه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى، وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين. وفي الإجارة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع، وإن كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين.

قال: "فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحسانا، وقالا: هذا باطل في النكاح أيضا" وذكر." (١)

"فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة **ولا يجتمعان**. أما القطع والقتل قصاصا يجتمعان.

قال: "ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة" لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الأرش وإن بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة، وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة. وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل. وعن محمد أنه تجب أجرة الطبيب "وإن ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له أثر تجب حكومة العدل" لبقاء الأثر والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس.

قال: "ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله، وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس، ثم إن كان خطأ فهو من الثلث، وإن كان عمدا فهو من جميع المال" وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا، وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات، لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه، وموجبه القطع لو اقتصر أو القتل إذا سرى، فكان العفو عنه عفوا عن أحد موجبيه أيهما كان، ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن قطع عفوا عن نوعيه وصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة. كذا هذا. وله أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل، وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه. وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد، إلا أن في الاستحسان تجب الدية، لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود. ولا نسلم أن الساري نوع من القطع، وأن السراية صفة له، بل الساري قتل من الابتداء، وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو، بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم جنس، وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل، ولو كان القطع خطأ فقد أجراه

(١) الهداية في شرح بداية المبتدي المَرْغيناني ١٢٧/٣

مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا، آذن بذلك إطلاقه، إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث، وإن كان عمدا فهو من جميع المال، لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه. أما الخطأ فموجبه المال، وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث.

قال: "وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها، وعلى." (١)

"وإن اختلفا فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر ثبوت الحرمة فالقول قول المنكر.

في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: زوج جدة المرأة محرم لها؛ إن كان قد دخل بالجدة سواء كانت الجدة من قبل أبيها أو من قبل أمها، وزوج بنت البنت محرم للجدة دخل الزوج بها أو لم يدخل؛ لأن البنت لا تحرم بنفس نكاح الأم، فكذا بنفس نكاح الجدة والأم تحرم بنفس نكاح البنت، فكذا بنفس نكاح بنت البنت.

في «العيون» : نظر إلى فرج امرأة من خلف ستر أو زجاجة وتبين من خلفها فرجها وكان النظر بشهوة؛ حرمت عليه أمها وابنتها، بخلاف ما لو نظر في المرآة، والفرق: أن المرئي في المرآة عكس الفرج لا عين الفرج، ولا كذلك المرئي من خلف الستر والزجاجة.

أقر بحرمة المصاهرة يؤاخذ به ويفرق بينهما. وكذلك إذا أضاف ذلك إلى ما قبل النكاح بأن قال لامرأته: كنت جامعت أمك قبل نكاحك يؤاخذ به ويفرق بينهما، ولكن لا يصدق في حق المهر حتى يجب المسمى دون العقر، ولكن إذا كان قبل الدخول بها يجب نصف المسمى، وإن كان بعد الدخول بها يجب كمال المسمى، والإقرار على الإقرار ليس بشرط في القضاء، حتى لو أقر بجماع أم امرأته أو مسها، ثم رجع عن ذلك وقال كذبت؛ فالقاضي لا يصدقه، ولكن فيما بينه وبين الله تعالى إن كان كاذبا فيما أقر لا تحرم عليه امرأته، والدوام على المس ليس بشرط لثبوت الحرمة، حتى قيل إذا مد يده إلى امرأته بشهوة فوقعت على كف ابنتها فازدادت شهوته حرمت عليه امرأته، وإن نزع من ساعته.

في نكاح «المنتقى» في باب ما يبطل المهر بعقد أحد الزوجين: إذا قبل امرأة ابنه بشهوة، أو قبل الأب امرأة ابنه بشهوة وهي مكرهة، وأنكر الزوج أن يكون ذلك عن شهوة فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر بطلان ملكه، وإن صدقه الزوج أنه كان عن شهوة وقعت الفرقة ويجب المهر على الزوج، ويرجع الزوج بذلك على الذي فعل ذلك إن تعمد الفاعل الفساد؛ لأنه وجب الحد بالوطء، والمال مع الحد **لا يجتمعان.**

قال: ولو كان جامعها بشبهة وهي مكرهة وبين وجه الشبهة فقال: بأن زوجها أبوها منه بغير أمرها فلا حد عليه، ورجع الأب عليه بنصف المهر في قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه الحد ولها على الأب نصف المهر ولا يرجع به على الابن من قبل الحد الذي لزمه، قال أبو يوسف رحمه الله فلا أحفظه عن أبي حنيفة رحمه الله. وينبغي في قياس قوله أن لا يرجع الأب عليه بذلك من قبل المهر الذي وجب عليه بالدخول بناء على شبهة النكاح، فلا يجب مهر آخر في هذا الباب أيضا.

---

(١) الهداية في شرح بداية المبتدي المَرْغِيناني ٤/٤٥٤

وفيه أيضا: رجل تزوج بأمة رجل ثم إن الأمة قبلت ابن زوجها قبل الدخول بها، فادعى الزوج أنها قبلته بشهوة، وكذبه المولى فإنها تبين من زوجها، لإقرار الزوج أنها قبلت بشهوة، ويلزمه نصف الصداق؛ لتكذيب المولى إياه أنها قبلت بشهوة، ولا يقبل قول الأمة في ذلك ولو قالت قبلته بشهوة. قيل لرجل: ما فعلت بأم امرأتك؟ قال:." (١)

"ذكر القدوري في «شرحه» ، وإن قال نويت بهذا الطلاق في امرأتي فإن نيته تعمل في طلاق امرأته، فيخرج الطعام والشراب من أن يكون مرادا حتى لو أكل أو شرب بعد ذلك لا يحنث من يمينه، لأن اللفظ واحد، واللفظ الواحد لا يجتمع فيه معنيان مختلفان، ومعنى الطلاق غير معنى اليمين أصلا، فروى إبراهيم عن محمد رحمه الله وإذا قال: كل حل علي حرام ونوى الطلاق في لسانه واليمين في نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين.

وفي «نوادر ابن سماعة» : عن أبي يوسف رحمه الله إذا قال لامرأتين له: أنتما علي حرام ينوي الطلاق في إحديهما واليمين أي الإيلاء في الأخرى فهما طالقتان فهكذا روي عن محمد رحمه الله أيضا.

ووجه ذلك: أن اللفظ واحد فلا يحتمل معنيين مختلين فحمله على الأغلظ وهو الطلاق عند عدم إمكان اعتبارهما، وكذلك إذا نوى في إحديها ثلاث تطليقات وفي الأخرى واحدة فهما طالقتان ثلاثا لأن الحرمة بالثلاث. نوع آخر غير الذي يثبت بالواحدة **فلا يجتمعان** في لفظ واحد، فحمل على الأغلظ.

وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله الأمر كما نوى يقع على إحديهما ثلاث تطليقات وعلى الأخرى واحدة، لأن هذا اللفظ للثلاث حقيقة، والواحدة كالمجاز، لأن الحرمة المطلقة تثبت بالثلاث فصار نظير لفظة النذر، إذا نوى به النذر واليمين، وهناك يكون يمينا ونذرا عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافا لأبي يوسف رحمه الله كذا ههنا.

ولو قال هذه علي حرام وهذه وهو ينوي الطلاق في إحديهما فالإيلاء في الأخرى، فهما طالقتان لأنه كلام واحد حنث، قال وهذه، ولم يقل وهذه علي حرام، والكلام الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين فحمل على الأغلظ وهو الطلاق.

ولو قال هذه علي حرام ونوى الطلاق، وهذه علي حرام ينوي الإيلاء، فهو كما ينوي، لأنهما لفظان وكلامان، فجاز أن يراد بكل واحد منهما معنى على حدة، ولو قال لأمرأته وأم ولده أنتما علي حرام، ينوي في الحرة اليمين وفي أم الولد الطلاق فهو يمين فيهما.

وعن اسماعيل بن حماد عن أبي يوسف رحمه الله في رجل قال لامرأته وجاريته أعتقتكما ينوي طلاق المرأة وعتاق الأمة قال: تعتق الأمة ولا تطلق المرأة، قال: لأن العتق أغلب لأنه لا يحتاج فيه إلى نية، ولو قال لثلاث نسوة أنتن علي حرام ينوي لأحداهن طلاقا، واليمين في الأخرى، والكذب في الثالثة طلقن جميعا، هكذا ذكر في «النوازل» ، قال الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته» ، وهذا قول أبي يوسف رحمه الله، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله يجب أن تكون كما نوى قياسا على المسألة المتقدمة. ولو قال لها: أنت علي حرام، قال ذلك مرتين ونوى بالمرة الأولى الطلاق وبالمرة الثانية اليمين فهو على ما

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٦٧/٣

نوى بالإجماع لأن اللفظ مختلف.

وقد مر جنس هذا، إذا قال حلال الله علي حرام أو قال حلال حرام أو قال: حلال هذا بر من حرام إن فعلت كذا، أو قال حلال المسلمين فهذا كله طلاق بائن، لأن." (١)

"قلنا: اللعان إنما كان قائما مقام حد القذف من حيث إنه يوجب حرمة المتعة في الدنيا والمؤاخذة في الآخرة لم..... بعد، والأصل أنه إذا ثبتت القدرة على الأصل قبل حصول المقصود من البدل أن يسقط حكم البدل. وحكمة: حرمة الاستمتاع إذا فرغا من اللعان من غير حكم القاضي، حتى أن بعد التلاعن لا يحل لأحدهما الاستمتاع بصاحبه. نص عليه محمد رحمه الله في «المنتقى» إلا أن الفرقة لا تثبت إلا بقضاء القاضي بالفرقة بينهما، وإنما ثبتت هذه الحرمة بنفس اللعان بالحديث، قال عليه السلام «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» وفي إباحة الاستمتاع اجتماع، فيحرم الاستمتاع، وإنما يوقف وقوع الفرقة بينهما على قضاء القاضي لحديث العجلاني، فإن رسول الله عليه السلام لما لاعن بين العجلاني وبين امرأته، «قال العجلاني: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا، ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلممقالته» ، ولو كانت الفرقة تقع بنفس اللعان لأنكر.

وعن عمر رضي الله عنه أنه سئل عن السنة بين المتلاعنين فقال: التفريق بينهما متى فرغا من اللعان.

ثم العلماء اختلفوا في حق الحرمة التي ثبتت بينهما بنفس اللعان. قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: تثبت حرمة مؤقتة إلى غاية تكذيب أحدهما نفسه. وقال أبو يوسف رحمه الله: تثبت حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والصهرية.

وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا أكذب الملاعن نفسه بعدما فرق القاضي بينهما ثم إذا أراد أن يتزوجها قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: أن يتزوجها، وقال أبو يوسف وزفر رحمهما الله: ليس له أن يتزوجها.

حجة أبو يوسف وزفر رحمهما الله قوله عليه السلام: «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» . حجة أبي حنيفة رحمه الله: أن الثابت بالنص اللعان بين الزوجين، والثابت (١٢٨٧أ) بالإجماع على أصل الحرمة، فمتى أثبتت الحرمة المؤبدة فقد أثبتت الزيادة على النص والإجماع، وإنه لا يجوز.

والمعنى: أن اللعان غير موضوع للفرقة، وإنما حكم بالفرقة لفوات الإمساك بالمعروف عن جهة الزوج، ويعتبر التسريح بالإحسان، وقيام القاضي مقامه عند امتناعه عن التسريح بالإحسان، ومثل هذا يكون طلاقا؛ لأن فعل القاضي بثباته كفعله بنفسه، وإذا ثبت أنه طلاق والحرمة الواقعة بالطلاق لا تتأبد والحديث لا حجة له فيه؛ لأن النبي عليه السلام نفى اجتماع المتلاعنين، وحقيقة هذا الاسم لمن يكون مشغولا." (٢)

"باللعان.... ولمن نفى اللعان في حقه حكما، وعندنا **لا يجتمعان** ما بقي اللعان بينهما حكما، وإنما يجتمعان، إذا زال اللعان حكما بالإكذاب؛ لأنه وجب عليه حد القذف بإكذابه نفسه، ومن ضرورته بطلان اللعان.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٢٢٨/٣

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٤٥٥/٣

ولو أكذب نفسه وجب الحد، ولو صدقته المرأة فلا حد ولا لعان، وإذا أخطأ الحاكم وفرق بينهما بعد وجود أكثر اللعان من واحد منهما وقعت الفرقة، وإن كان قبله لم تقع.

ولو أخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة قبل الزوج فإنه يعيد اللعان على المرأة فإن لم يفعل وفرق بينهما وقعت الفرقة.

ولو التقيا عند الحاكم ولم يفرق بينهما حتى عزل، أو مات، فإن الحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد رحمه الله: لا يستقبل.

ولو طلقها ثلاثا أو بائنا بعد القذف فلا حد ولا لعان.

وكذا لو تزوجها بعد ذلك ولو كان الطلاق رجعيا لاعن؛ لأن الزوجية قائمة من كل وجه وكان الحال بعد الطلاق الرجعي والحال قبله سواء.

وأي الزوجين أبى أن يلتعن حبس؛ لأن في اللعان معنى اليمين والحد، إن كان فيه معنى الشهادة، والخبر يجري على اليمين والحد، إن (كان) لا يجري على الشهادة.

وإذا نفى ولد زوجته بأن قال: هذا الولد ليس مني، يلاعنها بقول الرجل: أشهد بالله أني لصادق فيما رميتك من نفي الولد، وكذا في جانب المرأة.

ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في اللعان الأمرين، كما ذكر الزوج في القذف الأمرين، فإذا فرغ من ذلك فرق القاضي بينهما ولزم الولد أمه، وروى عن أبي يوسف رحمه الله: أن القاضي يفرق بينهما ويقول: التزمته...... فيه من نسب الوالد؛ لأنه ليس من ضرورة اللعان والتفريق به نفي النسب، كما بعد موت الولد يفرق بينهما ولا ينتفي نسب الولد، فلا بد من تصريح القاضي بنفي الولد لهذا.

أما إذا ثبت بإقراره أو بطريق الحاكم لا ينتفي بعد ذلك، وأما إذا ثبت بإقراره فلأن الإنكار بعد الإقرار غير مسموع، وأما إذا ثبت من طريق الحاكم.

بيانه: فيما روي عن محمد وأبو يوسف رحمه الله في رجل جاءت امرأته بولد فنفاه، فلم يلاعنها حتى قذفها أجنبي بالولد، ثبت نسب الولد ولا ينتفي بعد ذلك؛ لأنه لما حد قاذفها فقد حكم بكذبه، وذلك حكم بثبات النسب، والنسب المحكوم به لا ينتفي.

ولو نفى ولد زوجته فهما ممن لا لعان بينهما لا ينتفي؛ لأن المثبت للنسب وهو الفراش وأتم القطع باللعان، فإذا امتنع انعدم القاطع فيثبت النسب بسببه.

وكذلك لو كان العلوق في حال لا لعان بينهما ثم صار الحال يتلاعنان، نحو إن كانت المرأة أمة أو كتابية حالة العلوق فأعتقت أو أسلمت، فإنه لا تتلاعن ولا ينتفي." (١)

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٣/٤٥٦

"أن يستخدم المغصوب أو يلبس المغصوب؛ لأن غاصب إثبات اليد على المحل، فإذا أحدث حدثا يصير به غاصبا، فقد أثبت يده على المغصوب، وثبوت يد المالك يوجب سقوط الضمان عن الغاصب، وسواء عرف ذلك أو لم يعرف؛ لأن الحكم يبنى على السبب دون العلم، ولا يكون الغاصب غاصبا بالغصب الأول لهذا إلا أن يحدث غصبا مستقبلا.
وكذلك لو أن الغاصب كسى الثوب رب الثوب، فلبسه حتى تخرق، وعرفه أو لم يعرفه، وكذلك إذا باعه من صاحبه أو وهبه له، ولم يعرفه حتى لبسه وتخرق، كذلك إذا غصب طعاما ثم أطعمه، وعرفه أو لم يعرفه.
وكذلك إذا جاء المغصوب منه إلى بيت الغاصب، وأكل ذلك الطعام بعينه، وقد عرفه أو لم يعرفه (لم يجب) به شيء من الضمان، وإن كان الغاصب خبز الدقيق أو شوى اللحم، ثم أطعمه لم يبرأ عن الضمان؛ لأنه ما أثبت يده على المغصوب في هذه الصورة؛ لأنه بالخبز والشي خرج من أن يكون مغصوبا، وصار ملكا للغاصب.

قال: ولو أن المغصوب منه آجر العبد من الغاصب للخدمة أو الثوب للبس برىء من ضمان العبد حتى وجب عليه الأجر بالإجارة؛ لأن الأجر مع الضمان **لا يجتمعان**، وقد قالوا: إذا استأجر العبد المغصوب من مولاه ليبني له حائطا معلوما لا يسقط عنه الضمان حتى يبدأ بالبناء؛ لأن الأجرة في هذه الصورة لا تجب بالتخلية، وإنما تجب بالعمل، وسقوط الضمان معلق بوجوب الأجر، فأما في الاستخدام؛ فالأجر يجب بالتخلية كما وقع عقد الإجارة يبرأ عن الضمان.
ولو زوج الجارية المغصوبة من الغاصب، لم يبرأ عن الضمان في قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه، خلافا لأبي يوسف: وهو فرع اختلافهم في المشتري إذا زوج الجارية المشتراة قبل القبض، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لا يصير قابضا لها، وعلى قول أبي يوسف: يصير قابضا لها، ولو كان المغصوب منه استأجر الغاصب ليعلم المغصوب عملا من الأعمال، فذلك جائز، وهو في يد الغاصب على ضمانه إن هلك قبل أن يأخذ في ذلك العمل أو بعده ضمن.
وكذلك لو استأجر ليفتل الثوب المغصوب؛ لأن الاستئجار على التعليم، وفتل الثوب لا يقتضي ثبوت اليد عليه، فإنه يتصور وقوع العمل فيه مع كونه في يد المالك وداره، فلا يبرأ من الضمان، وإن كان له أجر في عمله إنما يبطل عنه الضمان إذا صار عليه الأجر؛ لأنه لا يتحمل أجر وضمان أما أن يكون له الأجر وهو ضامن، فهذا جائز، بخلاف استئجار الدابة للركوب؛ لأن استيفاء منفعة الدابة لا يكون إلا بعد كونه مسلما إليه فثبوت بدل الإجارة، يستدعي انتفاء ضمان الغصب.

رجل خان رجلا حنطة، ثم دفعها إليه بعينها إليه، وقال: اطحنها لي، فطحنها، ثم علم أنها كانت حنطته برىء من الضمان، وكذلك لو خانه غزلا ثم دفع ذلك الغزل بعينه إلى صاحب الغزل، وقال: انسجه لي فنسجه ثم علم به.." (١)
"المستأجر قابضا له (١٢٤ب٢) بحكم الإجارة بنفس العقد؛ لأن يد الغاصب يد ضمان بقيمة المضمون، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء؛ فأولى أن يقع عن قبض الإجارة، ويبرأ الغاصب من الضمان؛ لأن يد الغاصب بدلت بيد الإجارة، ويد الإجارة يد أمانة، وضمان الغصب مما يحتمل البطلان.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥/٤٨٥

ألا ترى أن المغصوب منه لو أبرأ الغاصب عن الضمان يبرأ، فكذلك إذا أبدلت يد الغصب بيد الأمانة، فإن مات العبد في يد الإجارة مات أمانة لما مر، ويجب على الغاصب الأجر بقدر ما مضى من مدة الإجارة، ويسقط الباقي؛ لأن فيما مضى وجه تسليم المنافع إلى المستأجر بحكم إجارة صحيحة، فإن مضت مدة الإجارة والعبد حي لم يعد مضمونا؛ لأن يد الغصب بدلت بيد الأمانة، فلا يعود إلا بغصب جديد.h

وهو الفقه: وهو أن الغصب تفويت يد المالك على وجه التعدي، وبالإجارة فات معنى التعدي، وبمضي مدة الإجارة لا يعود معنى التعدي؛ فلا يعود حكم الغصب.

ولو أن المغصوب منه أعار العبد من الغاصب صح؛ لأنه إذا آجره منه يصح، فإذا أعاره منه أولى أن يصح، ولا يصير قابضا له بحكم العارية بنفس العارية بخلاف الإجارة، والفرق: وهو أن الإجارة أوجبت استحقاق المنافع للمستأجر، فيوجب استحقاق اليد تسليما للمستحق، ويد الغاصب تصلح نائبة عن يد الإجارة، فقامت مقام يد الإجارة أيضا للماهية المستأجرة، فأما العارية فلا توجب استحقاق المنافع لما عرف، فلا توجب استحقاق اليد، فلم يجب إيفاؤها، فلا تقوم يد الغاصب مقام يد العارية، فلهذا لا يصير قابضا بنفس العارية، فإذا انتفع به الآن ثبتت يد العارية، وهي يد أمانة، فبطل بها يد الغاصب، فإذا فرغ من العاريةلم يعد غصبا بخلاف الرهن.

والفرق: وهو أن بيد العارية إنما بطلت يد الرهن، وبطل الضمان أيضا لكون الضمان متعلقا بحقيقة اليد؛ أما عقد الرهن فهو باق لبقاء حكمه، وهو تمليك اليد والحبس، فإذا بطلت يد العارية عادت يد الرهن، فعاد الضمان المتعلق به، فأما ضمان الغصب يتعلق بقاؤه ببقاء اليد المتعدية، وقد بطل ذلك بيد العارية، فلا يعود، وبالفراغ من العمل، فلا يعود الضمان المتعلق به، ولوأمر المالك الغاصب أن يتبع المغصوب صح، ويصير وكيلا، ولا يخرج العبد عن ضمانه؛ لأن كونه غاصبا ضامنا لا ينفي كونه وكيلا.

ألا ترى أن الوكيل بالبيع إذا استعمل المبيع حتى صار ضامنا بقي وكيلا؛ كذا هنا؛ كان المعنى فيه، وهو أن الأمر يقتضي الائتمار، والائتمار لا يقتضي قيام يد الوكيل، فلا يقتضي أيضا قيام وصفه، وهو كونه يد أمانة، فإن باعه هلك قبل التسليم، انتقض البيع ولزمته قيمة العبد المغصوب؛ لأن الغصب لا يبطل بمجرد البيع.

فإن قيل البيع بالمبيع صار مضمونا بالثمن في يد الوكيل، وهذا ينفي كونه مضمونا بضمان القيمة؛ لأن ضمان القيمة مع ضمان الثمن **لا يجتمعان** في عين واحد؛ قلنا تفسير كونه مضمونا بالثمن ليس إلا كونه بحال لو هلك قبل القبض يسقط الثمن عن المشتري،." (١)

"يوسف في رجل اشترى جارية تحيض في السنة مرة واحدة، قال: عليه (السلام) «أن يستبرئها بحيضة» ، قيل له: قد كنت تقول قبل هذا بثلاثة أشهر، قال: الآن أقول بخلاف هذا، فسئل عن من اشترى جارية مستحاضة لا يعلم حيضها

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥/٥٢٠

كيف يستبرئها، قال: يدعها من أول الشهر عشرة أيام.

ولو ملك جارية حاملا لا يطؤها (حتى) تضع حملها، أو بعد ما وضعت حملها لا استبراء عليه بالحديث الذي روينا، ولأن وضع الحمل في حق حصول المقصود وهو تعرف براءة الرحم فوق الحيضة، وإن وضعت حملها قبل القبض فعليه الاستبراء كما لو حاضت قبل القبض.

وإذا اشترى جارية لها زوج ولم يدخل بها فطلقها قبل أن يقبضها المشتري، فعلى المشتري أن يستبرئها بحيضة، هكذا ذكر في «الأصل» ، وفي كتاب «الحيل» : أنه لا استبراء على المشتري، فعلى رواية كتاب «الحيل» اعتبر وقت الشراء هي مشغولة بحق الغير، وعلى رواية الأصل اعتبر وقت القبض، وهو الصحيح؛ لأن وقت وجوب الاستبراء على المشتري وقت القبض، وهي وقت القبض فارغة عن حق الغير. وإن كان الزوج طلقها بعد قبض المشتري فلا استبراء على المشتري، وهذا هو الحيلة لاسقاط الاستبراء أن يزوجها البائع قبل البيع من رجل أو يزوجها المشتري بعد الشراء قبل القبض، ثم يقبضها المشتري، ثم يطلقها الزوج، فلا يجب الاستبراء على المشتري؛ لأن وقت وجوب الإستبراء وقت القبض هي مشغولة بحق الزوج فلا يجب عليه الاستبراء، وبعد ما طلقها زوجها صارت فارغة عن حقه لم يوجد السبب وهو استحداث حل الوطء باستحداث ملك الرقبة والوطء باليد.

قال الشيخ الإسلام شمس الأئمة الحلواني: إنما لا يجب الاستبراء على المشتري في هذه الصورة إذا كان البائع لا يطؤها أما إذا كان البائع يطؤها يجب الاستبراء تحرزا عن سقي زرع غيره، وهكذا روى ابن سماعة في «نوادره» عن محمد.

والمذكور ثمة: رجل اشترى جارية لها زوج وقبضها، ثم طلقها الزوج قبل الدخول، فلا استبراء على المشتري إلا أن يكون البائع زوجها بعد وطئه إياها قبل أن تحيض، فإني لا أحب لهذا المشتري في هذه الصورة أن يطأها حتى تحيض حتى **لا يجتمعان** عليها في طهر واحد، وإن لم يكن يجد المشتري حرة فلإسقاط الاستبراء حيلة أخرى، وهو أن يتزوجها المشتري قبل الشراء، ثم يشتريها ويقبضها، فلا يلزمها الاستبراء؛ لأن النكاح يثبت له عليها الفراش، وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير.

وفي «المنتقى» : رجل تزوج أمة، ثم اشتراها قال استحسن أن يستبرئها، رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله، وروي عن أبي يوسف وأبي حنيفة في هذه الصورة: أنه لا." (١)

"يوضحه: أن الإجارة وضعت للانتفاع مع بقاء العين مما يؤدي إلى فساد العين لا يكون داخلا تحت الإجارة.

بعض مشايخنا قالوا: أراد بالرحى رحى الماء ورحى الثور لا رحى اليد، وبعض مشايخنا قالوا: يمنع عن الكل، وبعضهم قالوا: إن كان رحى اليد يضر بالبناء يمنع عنه وإلى هذا مال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله وعليه الفتوى.

وأما كسر الحطب فيها فقد ذكر بعض مشايخنا أنه لا يمنع عن المعتاد؛ لأنه من جملة السكنى وبعضهم قالوا: يمنع ويؤمر

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٣٢/٧

بالكسر خارج الدار؛ لأنه يؤثر في البناء والبناء لا محالة فلو أنه أقعد فيه قصارا أو حدادا أو عمل ذلك بنفسه، فانهدم شيء من البناء ضمن قيمة ذلك لأن الانهدام أثر للحدادة والقصارة لا أثر السكنى؛ لأن مجرد السكنى لا يؤثر في الانهدام فيضاف بالانهدام على الحدادة والقصارة وإنما ليست بداخله تحت العقد فيكون متعديا فيها فيضمن ما تلف بها ولا أجر عليه فيما ضمن؛ لأن الأجر مع الضمان **لا يجتمعان** وإن لم يهدم شيء من البناء من عمل الحدادة والقصارة لا يجب الأجر قياسا؛ لأن عمل الحدادة والقصارة غير داخل تحت العقد صار الحال فيه بعد العقد والحال قبل العقد سواء ويجب الأجر المسمى استحسانا؛ لأن المعقود عليه السكنى.

وفي الحدادة سكنى وزيادة فقد استوفى المعقود عليه وزيادة فهو بمنزلة ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتم حنطة فحمل أحد عشر وسلمت الدابة وهناك يجب الأجر كذا ها هنا فإن اختلف الآجر والمستأجر في ذلك فقال المستأجر: استأجرت للحدادة وقال الآجر: أجرت للسكنى دون الحدادة فالقول قول الآجر، لأنه لو أنكر الإجارة أصلا كان القول قوله، فكذا إذا أنكر الإجارة في نوع دون نوع؛ ولأن الحدادة والقصارة مما لا يستحق بمطلق العقد وإنما يستحق بالشرط والمستأجر يدعي زيادة شرط على مطلق العقد والآجر ينكر والقول قول المنكر وإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر لأن المستأجر يثبت زيادة شرط.
ومما يتصل بهذه المسألة: إذا استأجر الرجل من آخر دارا على أن يقعد فيها حدادا فأراد أن يقعد فيها قصارا له ذلك إن كانت مضرتهما واحدة أو كانت مضرة القصارة أقل وكذلك الرحى على هذا وإنما كان كذلك؛ لأنه ليس في ذلك على صاحب الدار زيادة ضرر لم يرض به.
فإن قيل: ينبغي أن لا يكون له ذلك؛ لأن هذا خلاف من حيث الجنس، فإن الحدادة مع القصارة جنسان مختلفان ولا عبرة للضرر والمنفعة حالة الخلاف في الجنس.
ألا ترى إن وكل رجلا بأن يبيع عبده بألف درهم فباع بألف دينار لم يجز؛ لأنه خالف الجنس، والجواب عنه أن المخالفة فيما يكن فيه في الصفة لا في الجنس؛ لأن أصل المعقود عليه في الموضعين جميعا السكنى في الدار إلا أن صفة السكنى تختلف، والمخالفة متى كانت في الصفة لا في الجنس، فالعبرة في ذلك للضرر والمنفعة وكان بمنزلة ما لو وكله بأن يبيع بألف زيوف، فباع بألف جياد جاز ذلك.." (١)

"ثم إن محمدا رحمه الله أوجب في هذه المسألة نصف القيمة مطلقا، وذكر في «الجامع الصغير» فيمن استأجر دابة إلى القادسية فأردف رجلا خلفه، فعطبت الدابة ضمن بقدر الزيادة. وذكر في «الجامع الصغير» أيضا بعد مسالة القادسية بكثير واعتبر فيها الحزر والظن.

وفي «القدوري» يقول: المستأجر يضمن النصف، سواء كان الثاني أخف أو أثقل. قال الإمام الزاهد فخر الإسلام علي

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥٢٧/٧

البزدوي رحمه الله: وحاصل ذلك: أن يعتبر الحزر والظن، فإن أشكل يعتبر العدد، وإن حمل عليها مع نفسه صغيرا لا يمكنه استعمال الدابة، ولا تصريفها ضمن بحساب ما زاد، لأن الصغير إذا كان بهذه المثابة، فحمله وحمل شيئا آخر سواء. وإن حمل عليها مع نفسه شيئا آخر، وبلغت الدابة ضمن بقدر الزيادة تحرر القاضي الراكب ويزن ما حمل مع نفسه أو يرجع في ذلك إلى من له مهارة يعرف أن هذا الحمل كم يزيد على قدر ركوبه، كذا هاهنا.

ثم إذا ركب وحمل عليها مع نفسه حملا يضمن بقدر ما زاد إذا ركب في غير مكان الحمل؛ لأن ثقل الراكب مع ثقل الحمل لا يجتمعان في مكان واحد، فيبقى موافقا في البعض مخالفا في البعض، فيضمن بحساب ما خالف فأما إذا ركب على مكان الحمل يضمن جميع القيمة؛ لأن ثقل الراكب مع ثقل الحمل يجتمعان في مكان واحد، فيكون أدق على الدابة. فعلى هذه المسألة نقول:

إذا استأجر دابة ليركبها، فركبها وحمل على عاتقه غيره، يضمن جميع القيمة، وهذا إذا كانت الدابة تطيق أن يركب عليها مع الحمل، أما إذا كانت لا تطيق ذلك يجب جميع الضمان في الأحوال كلها.

ولو استأجر ليركبها فلبس من الثياب أكثر مما كان عليه حين استأجرها إن لبس من ذلك مثل ما يلبسه الناس، فلا ضمان، وإن لبس ما لا يلبسه الناس ضمن بحساب ما زاد؛ لأن في الفعل الأول ما زاد من الثياب داخل تحت الإجارة عرفا، والمعروف كالمشروط.

وفي الفعل الثاني: ما زاد من الثياب ليس بداخل تحت الإجارة أصلا لا عرفا ولا شرطا، فيضمن بحساب ذلك، كما لو حمل عليها شيئا آخر. وإذا استأجر دابة ليركبها فلم يركبها بنفسه بل ركب غيره، ضمن قيمة الدابة؛ لأن ركوب غيره ليس بداخل تحت العقد لأن الناس يتفاوتون في الركوب.

وفي «الأصل» : إذا تكارى الرجل من غيره دابة يحمل عليها إنسانا بأجر معلوم، فحمل عليها امرأة ثقيلة، فعطبت الدابة، فإن كانت الدابة بحال تطيق حملها، فإنه لا ضمان؛ لأنه حمل عليها إنسانا كما سمى في العقد؛ لأن اسم الإنسان يقع على الرجل والمرأة وعليه الأجر استحسانا، لأنه استأجرها للركوب ولم يتبين الراكب فوقعت الإجارة فاسدة. فإذا ركب إنسانا انقلبت الإجارة جائزة استحسانا. وإن كانت الدابة بحال لا تطيق حملها يكون ضامنا، لأن الدابة إذا كانت لا تطيق حملها كان حملها عليه إتلافا لا حملا، والإتلاف لم يدخل تحت الإذن إذا استأجر دابة ليركبها، فحمل عليها صبيا صغيرا." [1]

"وباعها، وانصرف إلى منزله، فوضع على الحمار مقدار قفيز من الملح، فأخذه مرض في الطريق، فمات فعليه ضمان الحمار إذا حمل عليه الملح بغير إذن صاحب الحمار؛ لأنه صار غاصبا بذلك، فدخل في ضمانه.

استأجر دابة ليحمل عليها حنطة من موضع إلى منزله يوما إلى الليل، فكان يحمل الحنطة إلى منزله، وإذا أراد الذهاب ثانيا كان يركبها، فعطبت الدابة. ذكر عن أبي بكر رحمه الله: أنه يضمن لأنه استأجرها للحمل بدون الركوب، فكان غاصبا في الركوب. قال أبو الليث رحمه الله: هو القياس، لكن في الاستحسان لا يضمن؛ لأن العادة جرت فيما بين الناس بذلك فصار كأنه إذن له في ذلك من طريق الدلالة، وإن لم يأذن بالإقصاء.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥٦٩/٧

استأجر حمارا ليحمل عليه اثني عشر وقرا من التراب إلى أرضه بدرهم، وله في أرضه لبن فكما عاد من أرضه يحمل عليه وقرا من اللبن، فإن هلك الحمار في الرجوع مع اللبن يضمن قيمة الحمار دون الأجر؛ لأنهما **لا يجتمعان**، ولو سلم الحمار حتى تم العمل، فعلى المستأجر تمام الدرهم، في كل وقر من التراب نصف دانق ويجوز أن يخالف في العمل ثم يجب الأجر المسمى، إذا سلمت الدابة عن ذلك العمل كما في مسألة فرسخ وسبعة فراسخ التي مرت.

وكمن استأجر دابة إلى موضع معين، فجاوزه ثم عاد إلى الوثاق لا يعود أمينا بل هو ضمين، حتى لو هلكت الدابة في طريق ذلك الموضع المعين، يضمن قيمتها، ثم إذا سلمت الدابة يحسب تمام الأجر؛ وكذا لو استأجر دابة ليركب هو بنفسه إلى مكان كذا، فركب وأردف معه غيره صار غاصبا في النصف إذا كانت الدابة فيما تطيق مثلهما، ولو سلمت الدابة يجب تمام الأجر كذا ههنا.

ولو استأجر حمارا ليحمل عليه كذا كذا حملا، فزاد على ما سمى وحمل الحمولة إلى ذلك المكان، فلما وضع الحمولة وجاء بالحمار سليما، ضاع قبل أن يرده إلى صاحبه، ينظر إلى مقدار ما زاد من الحمولة، فيضمن من قيمة الحمار بذلك القدر؛ لأنه صار غاصبا من الحمار بذلك القدر فلا يبرأ عن ضمان ما صار غاصبا منه إلا بالرد. رواه بشر عن أبي يوسف ورواه أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله. وهذا كما ذكر في اختلاف وقران.

أن من استأجر حمارا من الكوفة إلى القادسية ذاهبا وجائيا فجاوزته القادسية، ثم عاد به سليما إلى الكوفة، فعليه نصف ما سمى من الأجر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأنه صار غاصبا فلا يبرأ عن الضمان إلا بالرد. وعن أبي يوسف: فيمن استأجر دابة من مصر إلى مصره، فأمسكها في بيته فهلكت. قال: إن أمسكها مقدار ما يمسك ليتهيئوا أمورهم، فلا ضمان والأجر ثابت، وإن أمسكها أكثر من ذلك خرجت من الإجارة، وهي معلومة عنده.

نوع آخر

في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: رجل جاء بدابته إلى بيطار، وقال: انظر فيها فإن." (١)

"يضمن بالعقد كمال كالدم، فإنه لا يجب الضمان فيه على الأجير. وإنما شرطنا أن يكون في وسع الأجير دفع ذلك الفساد؛ لأن العقد إنما ينعقد على ما في وسع الأجير لا على ما ليس في وسعه.

نوع آخر في الحمال ومكاري الدابة والسفينة

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» : في رجل استأجر حمالا ليحمل له دنا من القراب إلى مكان معلوم بأجر معلوم، فوقع الحمال في بعض الطريق وانكسر الدن.

فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٧/٥٧٤

وإن شاء ضمنه في المكان الذي انكسر وأعطاه من الأجر بحساب ذلك. وهذا مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله؛ لأن الحمال أجير مشترك هلك العين في يده لوقوعه، وعثاره، والتحرز عنه ممكن في الجملة، فيجب عليه الضمان عندنا لما مر والمستأجر بالخيار على ما بينا؛ لأن الحمال موافق من وجه فإنه أمر بالحمل، وقد حمل مخالف من وجه؛ لأنه أمره بالحمل على وجه يصير الدن محمولا إلى مكان معين، ولم يأت بذلك الحمل.

فإن شاء مال إلى جهة الخلاف، وضمنه في المكان الذي حمل ولا أجر؛ لأنه لم يسلمه العمل.

وإن شاء مال إلى جهة الوفاق وضمنه في المكان الذي انكسر، وأعطاه من الأجر بحساب ذلك. وفي هذه المسألة إشكالان:

أحدهما: أنه قال له أن يضمنه قيمته في المكان الذي حمل، ولم يوجد منه سبب ضمان في ذلك المكان.

والثاني: أنه قال: إذا ضمنه قيمته في المكان الذي انكسر أعطاه الأجر بحسابه جمع بين الأجر والضمان، والأجر مع الضمان **لا يجتمعان** على مذهبنا والجواب عن الإشكال الأول: لا بل وجد سبب الضمان في ذلك المكان. وهذا لأن سبب الضمان وإن كان هو من عمله ذلك حالة الانكسار، إلا أن الفساد الحاصل من عمله استبدالي حالة العقد؛ لأن الانكسار من عمله إنما أوجب الضمان باعتبار العقد، فإنه بدون عقد الإجارة الأجير يكون معينا في الحمل، ولا ضمان على المعين ولما كان وجوب الضمان باعتبار العقد كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار، والحكم يضاف إلى السبب، فقد وجد سبب الضمان في المكان الذي انكسر من عمله، فلهذا يخير.

والجواب عن الإشكال الثاني: الأجر مع الضمان إنما **لا يجتمعان** عندنا في حالة واحدة، وقد اختلف الحالة هاهنا بيانه: أنه إذا ضمنته قيمته في المكان الذي انكسر، فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى المكان الذي انكسر، فالأجر يجب له في حالة الأمانة، وإنما صار مضمونا عند الكسر. وهذه حالة أخرى بعد انقضاء حالة الأمانة. ومثل هذا جائز. ألا ترى أنه لو حمل المتاع إلى ذلك المكان المعين، ثم أحرقه أو طرحه فإنه يضمن قيمته في ذلك المكان الذي أحرقه أو طرحه، ولا يبطل الأجر، لأن الأجر." [1]

"واجب في حالة الأمانة، وهذه حالة أخرى فلم يجتمع الأجر والضمان إذا.

ومن وجه آخر أن الأجر مع الضمان إنما **لا يجتمعان**؛ لأن بالضمان يصير المضمون ملكا للآخر، فيتبين أنه عمل في ملك نفسه وهذا المعنى لا يتأتى ههنا؛ لأنه إذا ضمنه في المكان الذي انكسر، فإنما يملكه الحمال في المكان الذي انكسر فيبقى حاملا إلى هذا المكان ملك الغير، فيستحق الأجر (٥١ب٤) وصار كما لو استهلك المتاع بعدما سلمه إلى المالك، هذا إذا انكسر في وسط الطريق. فأما إذا سقط من رأسه أو زلق رجله بعدما انتهى إلى المكان المشروط، وانكسر الدن فله الأجر ولا ضمان عليه.

حكي عن القاضي صاعد النيسابوري هكذا؛ لأنه حين انتهى إلى المكان المشروط لم يبق الحمل مضمونا عليه. فإما يتوجب

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٧/٥٨٨

جميع الأجر وصار الحمل مسلما إلى صاحب الدن، حتى لا يستحق الحبس، والمتولد من عمل غير مضمون لا يكون مضمونا عليه بخلاف ما إذا انكسر في وسط الطريق؛ لأن الحمل مضمون لأنه لم يقع الفراغ عنه بعد، وهذا الذي حكي عن القاضي صاعد يوافق قول محمد أخيرا على قول أبي يوسف، وهو قول محمد.
أو لأن الحمال يجب أن يكون ضامنا، فقد ذكر بعد هذا عن ابن سماعة: في رجل استأجر حمالا يحمل له فرقا من سمن إلى بيته، ثم أنزله الحمال مع صاحب الفرق من رأس الحمال، فوقع من أيديهما وهلك، فالحمال ضامن في قول أبي يوسف. وهو قول محمد أولا. فأبو يوسف ما اعتبر الوصول إلى بيت صاحب الفرق إذ لو اعتبرها قال: بوجوب الضمان، وإنما بيته معنى آخر أن يد الحمال قد بتت، وصار الفرق في ضمانه، فلا تبرأ عن الضمان إلا إذا أزال يد الحمال من كل وجه، وإذا وضعاه عن رأس الحمال، فما زال يد الحمال من كل وجه وفي مسألة: ما لم يزل يد الحمال أصلا. فأولى أن لا يبرأ عن الضمان عنده ههنا.

ثم رجع محمد عن هذا. وقال: لا ضمان على الحمال، وأشار إلى المعنى: أن السمن وصل إلى صاحبه فيبرأ عن الضمان. هذا إذا حصل التلف بجناية يده. أما إذا حصل التلف لا بجناية يده إن حصل بأمر لا يمكن بالتحرز عنه لا ضمان عليه بالإجماع. وله الأجر لأن عمل الحمال يعتبر مسلما إلى المالك في موضع لم يجب الضمان على الحمال. فإنما هلك المتاع بعد التسليم، فلا يسقط الأجر.
وإن هلك بأمر يمكن التحرز عنه. فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لا ضمان عليه وله الأجر بحساب ذلك.
وعندهما يجب الضمان وللمالك الخيار. كما لو حصل التلف بجناية يده.
قال محمد رحمه الله في «الأصل» : في الملاح إذا أخذ الأجر وغرقت السفينة من موج، أو ريح أو مطر، أو من شيء ليس في وسعه دفعه، فلا ضمان عليه.

وإن حصل الغرق من عمله بأن غرقت من يده أو من خرقه يضمن، إذا لم يكن صاحب المتاع فيها؛ لأن محل العمل سلم إليه والمضمون لا يجوز أن يضمن بالعقد، وفي وسع الأجير دفع." (١)
"ولو شهدا على سرقة بقرة واختلفا في لونها قطع (سم) ، وإن اختلفا في الأنوثة والذكورة لم يقطع. شهدا بقتل زيد يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة ردتا، فإن سبقت إحداهما وقضي بها بطلت الأخرى.

ولا تقبل شهادة الأعمى،
ــــــــQقضى بالألف لاتفاقهما عليها، ولا يثبت القضاء؛ لأنها شهادة واحدة، فلو شهد آخر يثبت، وينبغي للشاهد إذا علم ذلك أن لا يشهد بالألف حتى يعترف المدعي بالقبض ليظهر الحق ولا يعين على الظلم.
قال: (ولو شهدا على سرقة بقرة واختلفا في لونها قطع، وإن اختلفا في الأنوثة والذكورة لم يقطع) ، وقالا: لا يقطع فيهما

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥٨٩/٧

لأن المشهود به مختلف، ولم يقم على كل واحد شاهدان وصار كالمسألة الثانية. وله أن اشتمال البقرة على اللونين جائز، فيشهد كل واحد على ما رأى في جانبه وهي حالة اشتباه؛ لأن السرقة تكون دليلا، والعمل بالبينة واجب ما أمكن فتقبل، بخلاف الذكورة والأنوثة لأنهما **لا يجتمعان** في بقرة فكانا متغايرين.

قال: (شهدا بقتل زيد يوم النحر بمكة، وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة ردتا) لأن إحداهما كاذبة بيقين ولا تدرى، وليست إحداهما أولى من الأخرى بالرد ولا بالقبول فيردان.

(فإن سبقت إحداهما وقضي بها بطلت الأخرى) لأن الأولى ترجحت بالقضاء فلا تنقض بما هو دونها.

[فصل ردت شهاته لمانع ثم زال هل تقبل شهادته]

فصل

كل من ردت شهادته للرق أو الكفر أو للصبا ثم زالت هذه الموانع فأداها قبلت، ولو ردت لفسق أو زوجية أو العبد لمولاه أو المولى لعبده ثم زالت فأداها لم تقبل. والفرق أن الأولى ليست بشهادة لعدم الأهلية فلم يكن الرد تكذيبا شرعا، والثانية شهادة لقيام الأهلية فكان تكذيبا فلا تقبل أبدا، ولو تحملها العبد لمولاه أو أحد الزوجين للآخر فأداها بعد العتق والبينونة قبلت، وكذلك إن تحملها وهو عبد أو كافر أو صبي فأداها بعد زوال هذه العوارض قبلت؛ لأن المعتبر حالة الأداء لما يأتي ولا مانع حالتئذ.

قال: (ولا تقبل شهادة الأعمى) وقال زفر: تقبل فيما يجرى فيه التسامع لأنه يسمع. وقال أبو يوسف: إن كان بصيرا وقت التحمل تقبل لوجود العلم بالنظر، وعند الأداء يحتاج إلى القول وهو قادر عليه ويعرفه بالنسبة كما في الميت. ولنا أنه لا يقدر على التمييز بين الأشخاص ولا على الإشارة، والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر ولو عمي بعد الأداء قبل القضاء لا يقضي." (١)

"فإن كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه، وإذا قال: حملك ليس مني فلا لعان (سم) .

ــــــQنفسه حده القاضي وعاد خاطبا، وعنده لا لقوله - عليه الصلاة والسلام -: «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» ، ولنا أنه إذا أكذب نفسه لم يصيرا متلاعنين ولا يبقى حكمه، ولهذا وجب عليه الحد بالإكذاب، ولأن اللعان شهادة وهي تبطل بتكذيب الشاهد نفسه فلم يبقيا متلاعنين لا حقيقة ولا حكما فلم يتناولهما النص.

قال: (فإن كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه) لأنه - عليه الصلاة والسلام - نفى ولد امرأة هلال وألحقه بأمه.

وإذا قذف الأعمى امرأته العمياء أو الفاسق امرأته يجب اللعان لأنهما من أهل الشهادة، ولو كان أحدهما أخرس لا حد ولا لعان لأنه ليس من أهل الشهادة، ولو خرس أحدهما أو ارتد أو أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحد للقذف، أو وطئت حراما بعد اللعان قبل التفريق بطل اللعان ولا حد ولا تفريق، لأن ما منع الوجوب منع الإمضاء لوجود الشبهة،

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ابن مودود الموصلي ١٤٦/٢

ولو وطئت بشبهة فقذفها زوجها لا لعان عليه ولا حد على قاذفها. وعن أبي يوسف أنه رجع وقال: يجب اللعان والحد لأنه وطء يجب فيه المهر ويثبت النسب. وجه الظاهر أنه وطء في غير ملك فأشبه الزنا وصار شبهة في إسقاط الحد عن القاذف.

ولو قذفها ثم وطئت حراما لا لعان بينهما لما بينا، ولو لم يفرق الحاكم بينهما حتى عزل أو مات فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما. وقال محمد: لا يستقبل لأن اللعان قائم مقام الحد فصار كإقامة الحد حقيقة، وذلك لا يؤثر فيه عزل الحاكم وموته. ولهما أن تمام الإمضاء في التفريق والإنهاء فلا يتناهى قبله فيجب الاستقبال، ولو طلقها بعد القذف ثلاثا أو بائنا فلا حد ولا لعان، ولو كان رجعيا لاعن لقيام الزوجية، ولو تزوجها بعد الطلاق البائن فلا لعان ولا حد بذلك القذف.

ولو قال: أنت طالق ثلاثا يا زانية فعليه الحد دون اللعان لأنه قذف أجنبية، ولو قال: يا زانية أنت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان، لأنه طلقها ثلاثا بعد وجوب اللعان فسقط بالبينونة، ولو قذف أربع نسوة لاعن مع كل واحدة منهن، ولو قذف أربع أجنبيات حد لهن حدا واحدا، والفرق أن المقصود في الثانية الزجر، وهو يحصل بحد واحد، أما الأول فالمقصود باللعان دفع العار عن المرأة وإبطال نكاحها عليه وذلك لا يحصل بلعان واحد.

قال: (وإذا قال: ليس حملك مني فلا لعان) وقالا: إن ولدت لأقل من ستة أشهر من يوم القذف يجب اللعان لأنا تيقنا بقيام الحمل يومئذ، وله أنه يومئذ لم يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا، وإذا لم يكن قاذفا في الحال يصير كأنه قال: إن كان بك حمل فليس مني ولا يثبت حكم القذف إذا كان معلقا بالشرط، وأجمعوا أنه لا ينتفي نسب الحمل قبل الولادة لأنه حكم عليه ولا حكم على الجنين قبل الولادة كالإرث والوصية، ولو نفى ولد زوجته الحرة فصدقته." (١)

"ولو حلف لا يشرب من الحب أو البئر يحنث بالإناء، والسمك والألية ليسا بلحم، والكرش والكبد والرئة والفؤاد والكلية والرأس والأكارع والأمعاء والطحال لحم، والشحم شحم البطن.

ـــــQلأن اليمين عقدت على الماء دون النهر وقد وجد.

قال: (ولو حلف لا يشرب من الجب أو البئر يحنث بالإناء) وهذا في البئر ظاهر لأنه لا يمكن الشرب منها إلا بإناء حتى قالوا: لو نزل البئر وكرع لا يحنث، لأن الحقيقة والمجاز **لا يجتمعان** تحت لفظ واحد والحقيقة مهجورة، وأما الجب إن كان ملآن يمكن الشرب منه لا يحنث بالاغتراف. والإناء لتعينه. ولو حلف لا يشرب من هذا الإناء فهو عن الشرب بعينه لأنه المتعارف فيه.

قال: (والسمك والألية ليسا بلحم) فإن حلف لا يأكل لحما فأي لحم أكل من جميع الحيوان غير السمك حنث سواء أكله طبيخا أو مشويا أو قديدا، وسواء كان حلالا أو حراما: كالميتة ولحم الخنزير والآدمي، ومتروك التسمية وذبيحة المجوسي وصيد الحرم، لأن اسم اللحم يتناول الجميع، ولا يختلف باختلاف صفة اللحم وصفة الذابح.

فأما السمك وما يعيش في الماء لا يحنث به لأنه لا يدخل تحت إطلاق اسم اللحم، ألا ترى أنهم يقولون: ما أكلت لحما وقد أكل السمك، والمعتبر في ذلك الحقيقة دون لفظ القرآن، ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث وإن

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ابن مودود الموصلي ٣/١٧٠

سماه الله تعالى دابة في قوله: ﴿إن شر الدواب عند الله الذين كفروا﴾ [الأنفال: ٥٥] ، وكذا لو خرب بيت العنكبوت لا يحنث في يمينه لا يخرب بيتا، وكذا لا يحنث بالقعود في الشمس لو حلف لا يقعد في السراج إلى غير ذلك، وإنما المعتبر في ذلك المتعارف، وكذلك الألية وشحم البطن ليسا بلحم لأنهما لا يستعملان استعمال اللحم، ولا يتخذ منهما ما يتخذ من اللحم، ولا يسميان لحما عرفا، وإن نواه أو نوى السمك يحنث، لأنه تشديد على نفسه.

قال: (والكرش والكبد والرئة والفؤاد والكلية والرأس والأكارع والأمعاء والطحال لحم) لأنها تباع مع اللحم، وهذا في عرفهم على ما رواه أبو حنيفة في زمنه بالكوفة. وأما البلاد التي لا تباع فيها مع اللحم فلا يحنث اعتبارا للعرف في كل بلدة وكل زمان. وأما شحم الظهر فهو لحم، ويقال له: لحم سمين، ويستعمل فيما يستعمل فيه اللحم.

قال: (والشحم شحم البطن) فلو حلف لا يأكل شحما فأكل شحم الظهر لا يحنث لأنه من اللحم، ويقال له: لحم سمين كما قدمنا، وقالا: يحنث لأن اسم الشحم يتناوله وهذا في عرفهم، وفي عرفنا: اسم الشحم لا يقع على شحم الظهر بحال. وعن محمد فيمن أمر غيره أن يشتري له شحما فاشترى شحم الظهر لا يلزم الآمر، وهذا يؤيد مذهب أبي حنيفة أن مطلق اسم الشحم لا يتناوله. حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم." (١)

"(باب لا يجتمع العشر والخراج)

لما روى الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه عن حماد، عن إبراهيم، عن علقمة، عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه / عن النبي [صلى الله عليه وسلم] أنه قال: " لا يجتمع العشر والخراج في أرض مسلم ".

فإن قيل: هذا الحديث لم يصح عن أبي حنيفة رضي الله عنه، إذ نقله عن يحيى بن عنبسة، وهو متروك بمرة، كيف وقد انفرد أبو حنيفة بهذا المذهب عن جميع العلماء، ولو صح الخبر لقال به واحد من العلماء غيره، وقد نقل ابن المنذر في كتاب " الاختلاف " مذهب أهل العلم شرقا وغربا، في (أن) العشر والخراج يجتمعان، ثم قال: " وذهبت طائفة قليل عددها، شاذ قولها، (لخروجها) عن أقوال أهل العلم، إلى أن العشر والخراج **لا يجتمعان**، فدل على أنه مخترع ".

قيل له: هذه المسألة قد اتفق عليها أبو حنيفة رضي الله عنه وأصحابه كلهم أجمعون، ولم نعلم أحدا منهم خالفه فيها، واشتهر عنهم الاحتجاج عليها بهذا الحديث، وشهرة الحديث تربو على صحته، إذ هي قريبة من التواتر، فلا يقدح في صحته وشهرته رواية من لا تقبل روايته، كما لا يقدح في علمنا بوجود بغداد خبر فاسق يخبرنا بوجودها، وانفراد أبي حنيفة رضي الله عنه بهذا المذهب عن جميع العلماء." (٢)

"- كما زعمت - لا يقدح في صحة الحديث، فإن ترك العلماء كلهم العمل بالحديث لا يقدح في صحته، كحديث الوضوء مما مسته النار، فلا يقدح في صحته ترك الأكثر.

وقوله: " ولو صح الخبر لقال به واحد من العلماء غيره ".

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ابن مودود الموصلي ٦٧/٤

(٢) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب الخزرجي المنبجي ٣٦٩/١

قيل له: العمل بموجب الحديث لا يدل على صحته، فإن أئمة (الأمصار) اتفقوا على العمل بموجب خبر معاذ بن جبل رضي الله عنه في القياس، وهو ليس بصحيح عند أهل الحديث، وعمل أبي حنيفة رضي الله عنه كاف في صحة الحديث، إن كان عمل بعض العلماء بالحديث يدل على صحته، فإن الأئمة كلهم تبع له وعائلة عليه، وانفراده بهذا القول دون غيره لا يدل على أنه مخترع (كما لا يدل انفراد غيره بالقول على أنه مخترع) وقول ابن المنذر: " وذهبت طائفة قليل عددها إلى أن العشر والخراج لا يجتمعان ". ليس بصحيح، فإن أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه لا ينحصر عددهم، ولا ينقطع مددهم، وإن كان عددهم قليلا بالنسبة إلى سائر العلماء / فليس ذلك بقادح فيهم، فإن كل واحد من الأئمة مع أصحابه بهذه المثابة، فظهر بهذا أن ابن المنذر قصد تعييرنا بالقلة في العدد، فنقول كما قال بعضهم:

(تعيرنا أنا قليل عديدنا ... فقلت لها إن الكرام قليل)

ثم إن أحدا من الأئمة العادلة والجائرة لم يأخذ العشر من أرض الخراج، ولا الخراج من أرض العشر، مع كثرة احتيال بعضهم لأخذ أموال الناس وكفى بالإجماع حجة.

(باب)

لا يخرص الرطب (تمرا) فيعلم مقداره (فيسلم) إلى رب النخل، ويملك." [1]

"العجلاني: " فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها عويمر ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله [صلى الله عليه وسلم] ".

قال مالك: " قال ابن شهاب: فكانت تلك سنة المتلاعنين ". ولو كانت الفرقة تقع باللعان لما صح تفريقه ولا طلاقه.

(باب الملاعن إذا كذب نفسه حد وحل له التزويج بالملاعنة)

لأن اللعان قد ارتفع لما أكذب نفسه، بدليل لحوق النسب، ووجوب الحد، فيعود حل النكاح.

فإن قيل: روي أن النبي [صلى الله عليه وسلم] قال: " المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ".

قيل له: المراد به ما داما متلاعنين، كقول القائل: المصلي لا يتكلم والمتناكحان والمتبايعان حكمهما كذا وكذا، أي ما دام العقد بينهما.

فإن قيل: روي في بعض الأحاديث عن ابن عمر رضي الله عنه: " أن رسول الله [صلى الله عليه وسلم] قال للذي لاعن امرأته: لا سبيل لك عليها ".." [2]

"رواه عن خالد بن عرفطة. وأبو بشر لم يسمع من حبيب بن سالم هذا الحديث، إنما رواه عن خالد بن عرفطة ".

(باب من تزوج امرأة أبيه أو ذات محرم منه فدخل بها وهو عالم بالحرمة لا يحد)

---

(١) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب الخزرجي المنبجي ١/٣٧٠

(٢) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب الخزرجي المنبجي ٢/٦٩٦

الطحاوي: عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار: " أن طليحة نكحت في عدتها، فأتي بها عمر بن الخطاب فضربها ضربات بالمخفقة، وضرب زوجها، (وفرق بينهما، وقال: أيما امرأة نكحت في عدتها فرق بينها وبين زوجها) الذي نكحت، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر (إن) كان دخل بها الآخر، (ثم لم ينكحها أبدا) ، وإن لم يكن دخل بها اعتدت من الأول وكان الآخر خاطبا من الخطاب ".

وعنه: عن سعيد بن المسيب: " أن رجلا تزوج امرأة في عدتها، فرفع إلى عمر رضي الله عنه فضربها دون الحد، وجعل لها الصداق، وفرق بينهما، وقال: **لا يجتمعان** أبدا. قال: وقال علي رضي الله عنه: وإن تابا وأصلحا جعلتهما من الخطاب ".

أفلا ترى أن عمر ضرب المرأة والزوج بالمخفقة، فاستحال أن يضربهما وهما." (١)

"صلاة مرة كالوضوء وقال بعضهم لا يجب عليه غسله؛ لأن الوضوء عرفناه بالنص والنجاسة ليست في معناه؛ لأن قليلها يعفى فألحق الكثير بالقليل للضرورة.

قال – رحمه الله – (والنفاس دم يعقب الولد) لأنه مأخوذ من تنفس الرحم بالولد أو من خروج النفس بمعنى الولد أو بمعنى الدم؛ لأن المولود نفس، وكذا الدم يسمى نفسا قال الشاعر

تسيل على حد السيوف نفوسنا ... وليست على غير السيوف تسيل

أي دماؤنا ومنه قول النخعي ما ليس له نفس سائلة لا ينجس الماء إذا مات فيه فجاز أن يكون مشتقا منه هكذا ذكروا في كتب الفقه، وقال المطرزي النفاس بكسر النون ولادة المرأة مصدر سمي به الدم كما سمي بالحيض وفي المغرب، وأما اشتقاقه من تنفس الرحم أو خروج النفس بمعنى الولد فليس بذلك.

قال – رحمه الله – (ودم الحامل استحاضة) وقال الشافعي حيض اعتبارا بالنفاس بأن ولدت ولدين فالنفاس من الأول وهي حامل بالثاني فلولا أنها تحيض لما صارت نفساء إذ كل واحد منهما دم رحم ولنا قوله – عليه الصلاة والسلام – في سبايا أوطاس «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة» فجعل – عليه الصلاة والسلام – وجود الحيض علما على براءة الرحم من الحبل حيث جعل الحيض غاية للحرمة وما حلت إلا للتيقن بأنها ليست بحامل وأن الحامل لا تحيض وأن الحيض والنفاس **لا يجتمعان** ولو جاز اجتماعهما لم يكن وجود الحيض دليلا على انتفاء الحبل ولم تكن حلالا بوجوده احتياطا في أمر الأبضاع وعن ابن عباس – رضي الله عنهما – أنه قال: إن الله رفع الحيض عن الحبلى وجعل الدم رزقا للولد وقالت عائشة – رضي الله عنها – إن الحامل لا تحيض؛ ولأن فم الرحم ينسد بالحبل كذا العادة وفيما ذكر أنه ينفتح فمه بخروج الولد الأول وتنفس بالدم فلا يلزمنا ولو خرج بعض الولد فإن خرج أكثره يكون نفاسا، وإلا فلا ولو تقطع فيها وخرج أكثره فهي نفساء وخروج أكثره كخروج كله وعند محمد وزفر لا يكون نفاسا؛ لأن النفاس عندهما بوضع الحمل كما قالا في التوأمين وفي المفيد النفاس يثبت بخروج أقل الولد عند أبي يوسف وعند محمد بخروج أكثره.

---

(١) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب الخزرجي المنبجي ٢/٧٣٧

قال – رحمه الله – (والسقط إن ظهر بعض خلقه ولد) وذلك مثل يد أو رجل أو أصبع أو ظفر أو شعر فتكون به نفساء وتنقضي به العدة وتصير الأمة أم ولد به ويحنث به لو كان علق يمينه بالولادة ولو ولدت من سرتها لا تصير نفساء إلا إذا سال الدم من فرجها لكن تنقضي به العدة وتصير أم ولد به ويحنث في اليمين.

قال – رحمه الله – (ولا حد لأقله) أي لا حد لأقل النفاس؛ لأن تقدم الولد دليل على أنه من الرحم فلا حاجة إلى أمارة زائدة عليه وهذا بخلاف الحيض؛ لأنه لم يتقدمه دليل على

ـــــــ ۵ [النفاس]

قوله في المتن والنفاس دم) يفيد أنها لو ولدت ولم ترد مالا تكون نفساء اهـ كمال.

(قوله في المتن: يعقب الولد) ثم ينبغي أن يزاد في التعريف فيقال عقيب الولادة من الفرج فإنها لو ولدت من قبل سرتها بأن كان ببطنها جرح فانشقت وخرج الولد منها تكون صاحبة جرح سائل لا نفساء. اهـ. كمال (قوله: ومنه قوله: النخعي ما ليس له نفس سائلة لا ينجس) وفي الصحاح جعله حديثا عن النبي – صلى الله عليه وسلم – وليس له أصل. اهـ. سروجي الدم منفوس فتسميته بالنفاس تسمية للمفعول بالمصدر؛ لأنه مشتق من تنفس الرحم أو خروج النفس. اهـ. .

(قوله في المتن: ودم الحامل استحاضة) أي ولو في حال ولادتها. اهـ. كافي.

(قوله: ولا حائض) أي ولا حائل كذا في مسودة المصنف اهـ قال في مشارع الشارع وما تراه الحامل لا يكون حيضا خلافا للشافعي، وكذا ما تراه حال الطلق قبل الولادة وما خرج وقت خروج الولد دم نفاس عند الإمامين وعند محمد ما لم يخرج الرأس ونصف الولد أو الرجل وأكثر الولد لا يكون دم نفاس اهـ (قوله: وجعل الدم رزقا للولد) يصل إليه من قبل سرته لئلا يتلطخ فمه. اهـ. كاكي، وكذا يدخل فيه من سرته كذا في المستصفى اهـ. (قوله: وفيما ذكره) أي الشافعي.

(قوله: بخروج الولد) جعلنا دم الحامل استحاضة قبل انفتاح فم الرحم بخروج الولد وبعده ليس باستحاضة بل نفاس. اهـ. يحيى.

(قوله: ولو خرج بعض الولد) قال في الدراية فأما إذا خرج أقله وجبت عليها الصلاة؛ لأنها لم تصر نفساء وفي فتاوى الظهيرية ولو لم تصل تصير عاصية، ثم كيف تصلي قالوا يؤتى بقدر فتجعل القدر تحتها وتجلس هناك وتصلي كي لا تؤذي ولدها. اهـ. (قوله: وإلا فلا) أي ما تراه حالة الولادة قبل خروج الأكثر استحاضة. اهـ. .

(قوله في المتن: والسقط إن ظهر بعض خلقه ولدا) أي في حق غيره فيما ذكر من الأحكام لا في حق نفسه فلا يسمى ولا يغسل ولا يصلى عليه ولا يستحق الإرث والوصية ولا يعتق وإن كان لا يدري أنه مستبين أم لا بأن أسقطت في المخرج فاستمر بها الدم وهي مبتدأة في النفاس وصاحبة عادة في الحيض والطهر بأن كانت عادتها في الحيض عشرة وفي الطهر عشرين فنقول على تقدير أنه مستبين الخلق هي نفساء ونفاسها أربعون وعلى تقدير أنه لم يستبن لا تكون نفساء ويكون

عشرة عقيب الإسقاط حيضا إذا وافق عادتها أو كان ذلك عقيب طهر صحيح فتترك هي الصلاة عقيب الإسقاط عشرة أيام بيقين، ثم تغتسل وتصلي عشرين يوما بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك، ثم تترك الصلاة عشرة أيام بيقين، ثم تغتسل لتمام مدة النفاس والحيض، ثم يكون بعد ذلك طهرها عشرين وحيضها عشرة وذلك دأبها كذا في المحيط كي لا تستبين الخلقة في أقل من مائة وعشرين يوما؛ لأن أربعين يوما مدة النطفة وأربعين يوما مدة العلقة وأربعين يوما مدة المضغة كذا في الواقعات. (قوله: أو ظفر أو شعر) فلو لم يستبن منه شيء لم يكن ولدا فإن أمكن جعله حيضا بأن امتد جعل إياه. اهـ. كمال.

(قوله: وتصير الأمة أم ولد به) أي إذا اعترف أنها حامل منه. (قوله: ويحنث في اليمين) أي وتصير صاحبة جرح بالدم السائل منها. اهـ. غاية.." (١)

"لأن الثمنين في تقدير قيم الأشياء بهما سواء وعن أبي يوسف أنه يقومها بما اشترى إذا كان الثمن من النقود لأنه أقرب لمعرفة المالية لأن الظاهر أنه يشتريه بقيمته وإن اشتراها بغير النقود يقومها بالغالب من النقود وعن محمد أنه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك وأروش الجنايات ويقوم بالمصر الذي هو فيه وإن كان في مفازة يقوم في المصر الذي يصير إليه وإن كان له عبد للتجارة في بلد آخر يقوم في ذلك البلد الذي فيه العبد ويقوم بالمضروبة وقوله في عروض تجارة ليس مجرى على إطلاقه فإنه لو اشترى أرض خراج ونواها للتجارة لم تكن للتجارة لأن الخراج واجب فيها وكذا إذا اشترى أرض عشر وزرعها أو اشترى بذرا للتجارة وزرعه فإنه يجب فيه العشر ولا تجب فيه الزكاة لأنهما **لا يجتمعان** على ما عرف في موضعه وإن لم يزرعه وجب فيه الزكاة بخلاف الخراجية حيث لا تجب فيها الزكاة وإن لم يزرعها لأن الخراج يجب بالتمكن من الزراعة فيمنع وجوب الزكاة إذ لا يشترط فيه حقيقة الزرع ولا كذلك العشر والأعيان التي تشتريها الأجراء ليعملوا بها تجب فيها الزكاة إذا كان لها أثر في العين كالصبغ وحال عليها الحول عندهم لأن ما يأخذه من الأجرة في حكم العوض عن العين ولهذا كان له أن يحبسه حتى يوفيه الأجر وإن لم يكن له أثر في العين لا تجب فيها الزكاة كالصابون والأشنان ونحو ذلك وكذا حطب الخباز والدهن للدباغ بخلاف السمسم الذي يشتريه الخباز ليجعله على وجه الخبز فإنه عين باقية يبيعه مع الخبز فتجب فيه الزكاة

قال – رحمه الله – (ونقصان النصاب في الحول لا يضر إن كمل في طرفيه) أي إذا كان النصاب كاملا في ابتداء الحول وانتهائه فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة وقال زفر – رحمه الله – يسقطها لأن حولان الحول على النصاب كاملا شرط الوجوب بالنص ولم يوجد وقال الشافعي في السائمة مثل قول زفر وفي عروض التجارة يعتبر النصاب في آخر الحول خاصة لأن النصاب فيه باعتبار القيمة فيشق على صاحبه تقويمه في كل ساعة لأن القيمة باعتبار رغبات الناس فيعسر عليه معرفة رغبتهم في كل ساعة فسقط اعتباره دفعا للحرج وفي آخره لا بد منه لأنه وقت الوجوب والزكاة لا تجب إلا في النصاب بالنص ولنا أن الحول لا ينعقد إلا على النصاب ولا تجب الزكاة إلا في النصاب ولا بد منه فيهما ويسقط الكمال فيما بين

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٦٧/١

ذلك للحرج لأنه قلما يبقى المال حولا على حاله ونظيره اليمين حيث يشترط فيها الملك حالة الانعقاد وحالة نزول الجزاء وفيما بين ذلك لا يشترط إلا أنه لا بد من بقاء شيء من النصاب الذي انعقد عليه الحول ليضم المستفاد إليه لأن هلاك الكل يبطل انعقاد الحول إذ لا يمكن اعتباره بدون المال وعلى هذا قالوا إذا اشترى عصيرا للتجارة يساوي مائتي درهم فتخمر في أثناء الحول ثم تخلل والخل يساوي مائتي درهم يستأنف الحول للخل وبطل الحول الأول ولو اشترى شياها تساوي مائتي درهم فماتت كلها ودبغ جلدها وصار يساوي مائتي درهم لا يبطل الحول الأول بل يزكيها إذا تم الحول الأول من وقت الشراء والفرق بينهما أن الخمر إذا تخمرت هلكت كلها وصارت غير مال فانقطع الحول ثم بالتخلل صار مالا مستحدثا غير الأول والشياه إذا ماتت لم يهلك كل المال لأن شعرها وصوفها وقرنها لم يخرج من أن يكون مالا فلم يبطل الحول لبقاء البعض

قال – رحمه الله – (وتضم قيمة العروض إلى الثمنين والذهب إلى الفضة قيمة)

ـــــــــــــــــــــــــــــ النقود فقط لا على قول أبي عبيد وإياه عنى في النهاية بقوله هذا فإنه فرع عليه إخراج الحيوان. اهـ. فتح القدير.

(قوله وعن أبي يوسف أنه يقومها إلخ) رواه عنه محمد قال في الغاية وعنه التخيير وهو محمول على ما إذا لم يكن بينهما تفاوت اهـ (قوله بما اشترى) أي لأنه أصله. اهـ. غاية (قوله يقومها بالغالب من النقود) كما قال محمد. اهـ. (قوله وعن محمد أنه يقومها بالنقد) رواه عنه محمد بن سماعة. اهـ. غاية (قوله كما في المغصوب) أي اعتبارا لحق الله تعالى بحقوق العباد. اهـ. غاية (قوله فإنه لو اشترى أرض خراج) أي تساوي مائتي درهم (قوله وكذا إذا اشترى أرض عشر إلخ) قال في الغاية وعن محمد لو اشترى أرض عشر للتجارة تجب الزكاة مع العشر. اهـ. (قوله وإن لم يكن له أثر في العين إلخ) لأن ما يأخذه الأجير هو بإزاء عمله لا بإزاء تلك الأعيان. اهـ. غاية (قوله كالصابون والأشنان إلخ) أي والقلي والعفص. اهـ. غاية واعلم أن الكاكي – رحمه الله تعالى – مشى في الدراية على أن العفص والدهن لدبغ الجلد من قبيل ماله أثر في العين فأوجب فيه الزكاة وعزى ذلك إلى فتاوى قاضي خان والظهيرية وتبعه على ذلك الكمال في الفتح وما ذكره الشارح – رحمه الله – موافق لما ذكره السروجي – رحمه الله – في الغاية والله الموفق (قوله وكذا حطب الخباز) أي والملح للخبز. اهـ. غاية (قوله والدهن للدباغ) أي وكذا لو اشترى فلوسا للنفقة لأنها صفر ذكره في المبسوط. اهـ. غاية

(قوله إن كمل) قال في المصباح كمل الشيء كمولا من باب قعد والاسم الكمال وكمل من أبواب قرب وضرب وتعب لغات لكن باب تعب أردؤها كذا في المصباح (قوله ولا بد منه فيهما) أي في ابتداء الحول وانتهائه (قوله إلا أنه لا بد من بقاء شيء من النصاب إلخ) حتى لو بقي درهم أو فلس منه ثم استفاد قبل فراغ الحول حتى تم على نصاب زكاة. اهـ. فتح (قوله ليضم المستفاد إليه) أي ولو خاتم فضة. اهـ. غاية (قوله لأن هلاك الكل يبطل انعقاد الحول) أي وجعل السائمة علوفة كهلاك الكل لورود المغير على كل جزء منه بخلاف النقصان في الذات. اهـ. فتح (قوله فلم يبطل الحول لبقاء البعض)

إلا أن هذا يخالف ما روى ابن سماعة عن محمد اشترى عصيرا بمائتي درهم فتخمر بعد أربعة أشهر فلما مضت سبعة أشهر أو ثمانية أشهر إلا يوما صار خلا يساوي مائتي درهم فتمت السنة كان عليه الزكاة لأنه عاد للتجارة كما." (١)

"قال – رحمه الله – (وأمته وسيدته) أي حرم عليه نكاح أمته وحرم على العبد نكاح سيدته للإجماع على بطلانه ولأن النكاح لم يشرع إلا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين يوجب له عليها التمكين من نفسها وقرارها في بيته وخدمة داخل البيت ويوجب لها عليه المهر والنفقة والسكنى والكسوة والقسم، والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة فلا يشرع لما عرف أن كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يكون مشروعا ولأن المقصود من النكاح التواد والإحسان، ومقصود الرق الامتهان والقهر بسبب ما سبق منه من الكفر **فلا يجتمعان** للتضاد

قال – رحمه الله – (والمجوسية والوثنية) أي حرم عليه نكاحهما وكذا لا يجوز وطؤهما بملك اليمين وقال داود الظاهري وأبو ثور: يجوز تزوج المجوسية يروى ذلك عن علي بناء على أن المجوس من أهل الكتاب فواقع ملكهم أخته، ولم ينكر عليه فرفع كتابهم فنسوه، وقال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار: يجوز وطء المشركة بملك اليمين لورود الأثر بجواز وطء سبايا العرب، ولنا قوله تعالى ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ [البقرة: ٢٢١] وقوله – عليه الصلاة والسلام – «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم» والنكاح حقيقة في الوطء، أو نقول: هو في موضع النفي فيتناول الوطء والعقد، وما ورد في الخبر من جواز وطئهن محمول على الوطء بعد الإسلام، أو هو منسوخ بما تلونا، ولا عبرة بما روي أن المجوس من أهل الكتاب؛ لأن المعتبر الحالة الحاضرة ألا ترى أن الوثني أيضا من ولد إسماعيل ولا يعتبر ذلك في الحال

قال – رحمه الله – (وحل تزوج الكتابية) لقوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾ [المائدة: ٥] وعن ابن عمر أنه لا يحل؛ لأنها مشركة؛ لأنهم يعبدون المسيح وعزيرا وحمل

ـــــــQقوله: حرم عليه نكاح أمته) أي ولو ملك بعضها. اهـ. فتح (فرع) لا يجوز للرجل أن يتزوج أمة مكاتبه ذكره الكاكي في مصارف الزكاة. اهـ. (قوله: وحرم على العبد نكاح سيدته) أي وإن لم تملك سوى سهم منه. اهـ. فتح (قوله: للإجماع على بطلانه) قال السروجي – رحمه الله – ما نصه: وفي الذخيرة المالكية لا يجوز للسيد نكاح أمته ولا للسيدة نكاح عبدها قاله الأئمة الأربعة وعليه الإجماع وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على بطلان نكاح المرأة عبدها اهـ قال الكمال – رحمه الله –: وقد حكي في شرح الكنز الإجماع على بطلانه، وحكي غيره فيه خلاف الظاهرية. اهـ. (قوله: ويوجب لها عليه المهر والنفقة والكسوة والقسم) أي والمنع من العزل إلا بإذن اهـ فتح (قوله: والمملوكية تنافي المالكية) فإن قيل المالكية والمملوكية يجتمعان بجهتين، والمنافاة بينهما ما بجهة واحدة وههنا يمكن أن تجعل المرأة مالكة بجهة ملك اليمين ومملوكة بجهة ملك النكاح كالأب يكون ابنا لأبيه قلنا: المرأة بجميع أجزائها مالكة وبالتزوج بعبدها يكون بعضها مملوكا له فتتحقق المنافاة وإن

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١/٢٨٠

اختلف جهة الملك؛ إذ كل واحد من الملكين يقتضي أن يكون المالك قاهرا، والمملوك مقهورا ولأن نفقته تجب عليها للملك، ونفقتها تجب عليه للنكاح فيتقاصان فيموتان جوعا. اهـ. كاكي وفي الذخيرة لو اشترت زوجها بعد البناء فسخ النكاح وتبعته بالمهر كمن داين عبدا ثم اشتراه وعندنا سقط الدين فيهما ولا يستوجب المولى على عبده دينا ابتداء، ولا بقاء للتنافي كذا في الغاية والدراية وفي الغاية نقلا عن البدائع لو اشترى القن أو المدبر أو المكاتب زوجته لا يفسد نكاحه لعدم الملك. اهـ. (قوله: لما عرف أن كل تصرف إلخ) فلذلك لا يحد المجنون بسبب وجد في صحته، ولا السكران بسبب وجد منه في صحوه؛ إذ المقصود من الحد الزجر ولا يحصل مع الجنون والسكر؛ فلهذا لا يشرع نكاح أمته لحصول مقصوده بدونه بما هو أقوى منه. اهـ. غاية

(قوله في المتن: والمجوسية) عليه الأربعة. اهـ. فتح والمراد بالمجوس عبدة النار اهـ (قوله في المتن: والوثنية) أي وهي التي تعبد الوثن، وهو الصنم. اهـ. أتقاني قال قاضي خان – رحمه الله – في باب المحرمات من كتاب النكاح: ومن المحرمات الكافرة بكفر مخصوص لا تحل الوثنية للمسلم وتحل لكل كافر إلا المرتد، ولا يجوز نكاح المرتدة لأحد والمجوسية لا تحل للمسلم، وتحل لكل كافر إلا المرتد. اهـ. (قوله: يروى ذلك عن علي) قال أحمد: ما روي عن علي باطل، واستعظمه جدا. اهـ. غاية (قوله: وعمرو بن دينار) أي ومالك لكنه قال يجبر على الإسلام. اهـ. غاية (قوله: سنوا بهم) أي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملتهم في إعطاء الأمان وأخذ الجزية. اهـ. (قوله: أو هو منسوخ) قاله أبو عمر بن عبد البر. اهـ. غاية (قوله: بما تلونا) وهو قوله: ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾ [البقرة: ٢٢١]. اهـ.

(قوله: في المتن وحل تزوج الكتابية) أي الحرة أما الأمة فسيأتي حكمها متنا وشرحا اهـ والأولى أن لا يفعل أي التزويج بالكتابية ولا تؤكل ذبيحتهم إلا للضرورة، وتكره الكتابية الحربية إجماعا لافتتاح باب الفتنة من إمكان التعلق المستدعي للمقام معها في دار الحرب، أو تعريض الولد على التخلق بأخلاق أهل الكفر وعلى الرق بأن تسبى، وهي حبلى فتولد رقيقا وإن كان مسلما، والكتابي من يقر بنبي ويؤمن بكتاب، والسامرية من اليهود أما من آمن بزبور داود وصحف إبراهيم وشيث فهم أهل كتاب تحل مناكحتهم عندنا ثم قال في المستصفى: قالوا هذا يعني الحل إذا لم يعتقد المسيح إلها أما إذا اعتقده فلا، وفي مبسوط شيخ الإسلام: ويجب أن لا يأكلوا ذبائح أهل الكتاب إذا اعتقدوا أن المسيح إله وأن العزير إله ولا يتزوجوا نساءهم وقيل عليه الفتوى ولكن بالنظر إلى الدلائل ينبغي أن يجوز الأكل والتزوج اهـ وهو موافق لما في رضاع مبسوط شيخ الأئمة في الذبيحة قال ذبيحة النصراني حلال مطلقا سواء قال بثالث ثلاثة أو لا وهو موافق لإطلاق الكتاب هنا. اهـ. فتح ثم اعلم أن حرائر أهل الكتاب حلال للمسلمين نكاحهن وممن روى ذلك عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم وقال ابن المنذر: لم يحرم نكاحهن أحد من الأوائل وحرمته الإمامية. اهـ. غاية." (١)

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٠٩/٢

"جائعة ومباح إن لم تقصد الفساد وتعمد الفساد إنما يتحقق إذا أرضعتها بلا حاجة عالمة بقيام النكاح وبأن الإرضاع مفسد فإن فات شيء منه لم تكن متعمدة والقول في ذلك قولها؛ لأنه شيء في باطنها لا يقف عليه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه ولا يقال الجهل بحكم الشرع لا يعتبر في دار الإسلام؛ لأنا نقول لم نعتبر الجهل لدفع الحكم وإنما اعتبرناه لدفع قصد الفساد الذي يصير الفعل به تعديا، وهذا لأنه يجب عليها الضمان إلا إذا قصدت الفساد، وقصدها الفساد لا يتصور مع الجهل بالفساد أو بالنكاح، ولو كانت الكبيرة مجنونة لا يرجع عليها بمهر الصغيرة ولا يسقط مهرها لما ذكرنا في الصغيرة، ولو كانت الكبيرة نائمة فأخذت الصغيرة ثديها لا يرجع على أحد ولكل واحدة منهما نصف المهر، ولو أخذ رجل لبنها فأوجرها به فعلى الزوج نصف مهر كل واحدة منهما ويرجع به على الرجل إن تعمد الفساد، وإن أرضعت امرأة الأب زوجة الابن تحرم عليه؛ لأنها أخته لأب.

وكذا لو كان تحته صغيرتان فأرضعتهما امرأة معا أو متعاقبا حرمتا عليه؛ لأنهما صارتا أختين فلا يجوز الجمع بينهما فيرجع على المرضعة إن تعمدت الفساد، ولو طلق امرأته، ثم إن أخت المطلقة أرضعت امرأته الصغيرة والمطلقة في العدة بانت الصغيرة للجمع مع خالتها، ولو كان تحته رضيعتان فجاءت امرأتان لهما لبن من رجل واحد فأرضعت كل واحدة منهما واحدة معا وتعمدتا الفساد لا ضمان عليهما؛ لأن كل واحد منهما غير مفسدة بصنعها وإنما الفساد للأختية اتفاقا.

قال – رحمه الله – (ويثبت بما يثبت به المال) أي يثبت الرضاع بما يثبت به المال وهو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة؛ لأن الحرمة من حقوق الله تعالى فتثبت بخبر الواحد كسائر حقوقه كمن اشترى لحما فأخبره عدل أنه ذبيحة مجوسي فإن الحرمة تثبت به ولا يحل تناوله، غير أنه إذا ثبتت الحرمة يثبت زوال ملك النكاح ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا وإن كان لا يثبت قصدا ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في النكاح وإبطال الملك يتوقف على شهادة شاهدين كما في الشهادة على الطلاق، وهذا لأن ملك النكاح مع الرضاع لا يجتمعان فتكون الشهادة بالرضاع شهادة بالفرقة اقتضاء بخلاف مسألة اللحم؛ لأن حرمة التناول تقبل الفصل عن زوال الملك كالعصير إذا تخمر والدهن إذا تنجس وجلد الميتة فإنها مملوكة مع حرمة تناولها فأمكن قبولها لثبوت الحرمة مع بقاء الملك فاعتبر فيه الأمر الديني.

وذكر في الكافي والنهاية أنه لا فرق بين أن يشهد قبل النكاح أو بعده، وذكر في المغني أن خبر الواحد مقبول في الرضاع الطارئ ومعناه أن يكون تحته صغيرة وتشهد واحدة بأنها أرضعت أمه أو أخته أو امرأته بعد العقد، ووجهه أن إقدامهما على النكاح دليل على صحته فمن شهد بالرضاع المتقدم على العقد صار منازعا لهما؛ لأنه يدعي فساد العقد ابتداء، وأما من شهد بالرضاع المتأخر عن العقد فقد سلم صحة العقد ولا ينازع فيه وإنما يدعي حدوث المفسد بعد ذلك، وإقدامهما على النكاح يدل على صحته ولا يدل على انتفاء ما يطرأ عليه من المفسد فصار كمن أخبر بارتداد مقارن من أحد الزوجين حيث لا يقبل قوله، ولو أخبر بارتداد طارئ يقبل قوله لما قلنا، وذكره صاحب الهداية أيضا في كتاب الكراهية وعلى هذا ينبغي أن يقبل قول الواحدة قبل العقد لعدم ما يدل على صحة العقد من الإقدام عليه ولعدم إزالة الملك، وقال الشافعي يقبل في الرضاع شهادة أربع نسوة بناء على أصله أن شهادة أربع منهن مقبولة فيما لا يطلع الرجال عليه فيقوم كل اثنين

مقام رجل، والرضاع منه ونحن لا نسلم أن الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال؛ لأن ذا الرحم المحرم يجوز له أن ينظر إلى ثديها ويثبت بالإيجار كما يثبت بالمص من الثدي.

وقال أحمد بن حنبل تقبل شهادة المرضعة وحدها استدل على ذلك

ـــــــQقوله: لأنا نقول لم نعتبر الجهل لدفع الحكم) أي الحكم الذي هو وجوب الضمان اهـ. فتح (قوله: لا يتصور إلخ) فإن قلت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لزم ذلك ضمنا فلا يعتبر اهـ. اك (قوله: أو بالنكاح، ولو كانت الكبيرة مجنونة إلخ) فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة ولهذا يندفع قول من قال تضمن إذا علمت بالنكاح ولم تعلم أن الإرضاع مفسد؛ لأنها لا تعذر بجهل الحكم اهـ. فتح (قوله: فجاءت امرأتان لهما لبن من رجل إلخ) قال الكمال – رحمه الله –: وقد حرفت هذه المسألة فوقع فيها الخطأ وذلك بأن قيل فأرضعتهما امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لهما لبن من رجل؛ لأن في هذه الصورة الصواب الضمان على كل من هاتين؛ لأن كلا منهما أفسدت لصيرورة كل بنتا للزوج اهـ. (قوله: وإنما الفساد للأختية) وبيان هذا أن فعل كل واحدة من هاتين المرأتين على الانفراد لا يستقل بالإفساد فلا تضاف الفرقة إلى كل واحدة من المرأتين يوضحه أن الفساد باعتبار الجمع بين الأختين؛ لأنهما لما ارتضعتا صارتا أختين لأب، والأختية قائمة بهما فلا تتعدى إلى المرأتين وفي مسألة إرضاع الكبيرة الصغيرة الفساد باعتبار الجمع بين الأم والبنت، والأمية قائمة بالمرضعة فيعتبر تعديها؛ لأنها مخاطبة إليه أشار في المبسوط اهـ.

(قوله: بناء على أصله إلخ) ونقل عن أحمد وإسحاق والشافعي بأربع نسوة والذي في كتبهم إنما يثبت بشهادة امرأتين، وكذا عند مالك بناء على أنه مما لا يطلع عليه الرجال؛ لأنه لا يحل النظر إلى ثدي الأجنبية اهـ. كمال – رحمه الله – (قوله: ويثبت بالإيجار إلخ) هذا جواب عن قول الشافعي إن الإرضاع يكون بالثدي ولا يجوز للأجانب النظر إليه، والله أعلم.." (١)

"أبي حنيفة – رحمه الله –؛ لأنه لا يمكنه القربان إلا بحنث وهو من أهل اليمين بالله تعالى حتى يحلف به في الدعاوى فصار كما لو حلف بطلاق أو عتاق وعندهما لا يكون موليا لأنه يمكنه قربانها بلا كفارة تلزمه فصار كالحلف بالحج والصوم وأبو حنيفة – رحمه الله – يقول إنه أهل لليمين إلا أنه لا تلزمه الكفارة؛ لأنها عبادة وهو ليس من أهلها ولا يلزمه الظهار حيث لا يصح منه؛ لأن الظهار شرطه أن يكون منا بالنص وهو قوله تعالى ﴿الذين يظاهرون منكم﴾ [المجادلة: ٢] وهو ليس منا، ولأن الحرمة في الظهار تنتهي بالكفارة وفي اليمين بالحنث وهو ليس من أهل الكفارة لكونه عبادة فلو شرع الظهار في حقه لكانت الحرمة مطلقة لا مغياة بها وهو خلاف المنصوص فيكون تغييرا للحكم المنصوص عليه بخلاف الإيلاء؛ لأنه أهل للحنث وبه يندفع الظلم عنها، وقال الشافعي – رحمه الله – يصح ظهاره أيضا والحجة عليه ما بينا. وقوله لا أقربك، القربان كناية عن الجماع ومن الكناية الوطء والمباضعة والافتضاض في البكر والاغتسال منها يجري مجرى الصريح والإتيان والإصابة والغشيان والمضاجعة والدنو والمس كنايات وكذا قوله لا تجمع رأسي ورأسك وسادة أو **لا يجتمعان**

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٨٧/٢

أو لا أبيت معك في فراش أو لا أقرب فراشك لا يكون بها موليا إلا بالنية وفي البدائع الصريح المجامعة والنيك. .

قال – رحمه الله – (فإن وطئ في المدة كفر) أي إن وطئها المولي في أربعة أشهر حنث في يمينه وكفر؛ لأن الكفارة موجب الحنث، وقال الحسن البصري لا تجب الكفارة لقوله تعالى ﴿فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم﴾ [البقرة: ٢٢٦] قلنا المراد به إسقاط عقوبة الآخرة بسبب قصده الإضرار بها لا إسقاط الكفارة المشروعة في الأيمان المنعقدة، ألا ترى أن قتل الخطأ يوجب الكفارة وإن وعد المغفرة.

قال – رحمه الله – (وسقط الإيلاء) لأن الأيمان تنحل بالحنث فلا تبقى بعد انحلالها ولا إيلاء بدونها قال – رحمه الله – (وإلا بانت) أي إن لم يطأها في المدة وهي أربعة أشهر بانت منه وهو قول ابن مسعود وابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وروي ذلك عن عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وهو قول جمهور التابعين، وقال الشافعي لا تبين بمضي المدة ولكن يوقف على أن يفيء إليها أو يفارقها فإن فعل وإلا فرق القاضي بينهما فصار الخلاف في موضعين أحدهما أن الفيء عنده يكون بعد مضي المدة وعندنا في المدة والثاني أن الفرقة لا تقع إلا بتطليق الزوج أو تفريق القاضي عنده وعندنا تقع بمضي المدة واستدل بقوله تعالى ﴿فإن فاءوا فإن الله غفور

ـــــــــــــــQقوله كما لو حلف بطلاق) أي بشيء لا يلزم قربة. اهـ. (قوله بطلاق أو عتاق) أي كحلف الذمي بالحج اهـ وكقوله إن قربتك فعبدي حر أو فامرأتي طالق فإنه يصير موليا اتفاقا اهـ. (قوله فصار كالحلف بالحج والصوم) كإن قربتك فعلي حج أو صلاة أو صوم فإنه لا يصير موليا اتفاقا اهـ. (قوله وأبو حنيفة يقول إنه أهل لليمين) حتى يحلف به في الدعاوى وإذا صح يمينه يحنث فيه بالقربان. اهـ. كافي. (قوله ومن الكناية الوطء والمباضعة) قال الكمال – رحمه الله – وألفاظه صريح وكناية فالصريح نحو لا أقربك لا أجامعك لا أطؤك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة فلو ادعى أنه لم يعن الجماع لم يدين في القضاء والكناية نحو لا أمسك لا آتيك لا أغشاك لا ألمسك لأغيظنك لا أشوفك لا أدخل عليك لا أجمع رأسي ورأسك لا أضاجعك لا أقرب فراشك فلا تكون إيلاء بلا نية ويدين في القضاء وقيل الصريح لفظان لا أجامعك لا أنيكك وهذه كنايات تجري مجرى الصريح والأولى الأول؛ لأن الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا لا بالحقيقة وإلا لأوجب كون الصريح لفظا واحدا وهو ثاني ما ذكر اهـ. (قوله والاغتسال منها) أي من المرأة المولى منها اهـ. (قوله يجري مجرى الصريح) أي ما ذكر من هذه الألفاظ اهـ. (قوله حنث في يمينه) أي لوجود شرط الحنث. اهـ. كافي. .

(قوله وكفر) أي لزمته كفارة يمين لقوله تعالى ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم﴾ [المائدة: ٨٩] جعل الله تعالى موجب الحلف الكفارة عند الحنث والإيلاء حلف، وقد حنث فيه فتلزمه الكفارة. اهـ. أتقاني. (قوله، وقال الحسن البصري لا تجب) قال قتادة الحسن خالف الناس. اهـ. فتح. (قوله وإن وعد المغفرة) المغفرة تقتضي نفي المؤاخذة في الآخرة لا غير اهـ. (قوله في المتن وسقط الإيلاء) أي بإجماع العلماء على معنى أنه

لو مضت أربعة أشهر لا يقع طلاق آخر. اهـ. فتح. (قوله في المتن وإلا بانت إلخ) فإن قلت سلمنا أن بمجرد مضي الأربعة الأشهر يقع الطلاق ولكن لا نسلم أنه بائن ولا دلالة في الآية على البائن فلم لا يجوز أن يكون رجعيا كما روي في الموطإ عن ابن المسيب إنما وقع بائنا؛ لأن الزوج ظلمها حيث منعها حقها المستحق عليه وهو الوطء في المدة فجازاه الشرع بالطلاق عند مضي المدة تخليصا عن ضرر التعليق ولا يحصل التخلص بالرجعي فوقع بائنا، ولأن الإيلاء كان طلاقا بائنا على الفور في الجاهلية فلا يقربها الشخص بعد الإيلاء أبدا فجعله الشرع مؤجلا بقوله تربص أربعة أشهر إلى انقضاء المدة فحصلت الإشارة إلى أن الواقع بالإيلاء بائن لكنه مؤجل. اهـ. أتقاني.
(قوله، وقال الشافعي لا تبين بمضي المدة) قال في الهداية، وقال الشافعي تبين بتفريق الحاكم قال الكمال لم يقل الشافعي تبين بل قال يقع رجعيا سواء طلق الزوج بنفسه أو الحاكم وبه قال مالك وأحمد اهـ. (قوله واستدل بقوله تعالى ﴿فإن فاءوا﴾ [البقرة: ٢٢٦] إلخ) قال الرازي استدل بقوله تعالى ﴿فإن فاءوا فإن﴾ [البقرة: ٢٢٦] الفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفيء بعد المدة وبقوله تعالى ﴿وإن عزموا الطلاق﴾ [البقرة: ٢٢٧] فإنه يدل على أن التفريق بتطليق الزوج أو بتفريق القاضي اهـ." (١)

"عبدا أو محدودا في قذف يجب عليه الحد لأن اللعان تعذر بمعنى من جهته فيصار إلى الموجب الأصلي، وهو الثابت بقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ [النور: ٤] الآية، ولا يتصور أن يكون الزوج كافرا وهي مسلمة إلا إذا كانا كافرين فأسلمت ثم قذفها قبل عرض الإسلام عليه.

قال – رحمه الله – (وإن صلح وهي بمن لا يحد قاذفها فلا حد، ولا لعان) يعني إذا كان الزوج صالحا للشهادة وهي زانية لأنه صادق في القذف فلا يوجب قذفها الحد كما إذا قذفها أجنبي، ولا يوجب اللعان أيضا لأنه خلف عنه، وكذا إذا كانت مجنونة أو صغيرة لأن قذفها لا يوجب الحد، وكذا إذا كانت محدودة في قذف لأنها ليست من أهل الشهادة فكان الامتناع لمعنى فيها فلا يوجب الحد ولو كانا محدودين في قذف حد لأن امتناع اللعان لمعنى من جهته إذ هو ليس من أهله، وكذا إذا كان هو عبدا وهي محدودة في قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما إذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد، وإن امتنع من جهته لأن قذف الأمة أو الكافرة لا يوجب الحد، وقذف المحدودة يوجب الحد إذا كانت عفيفة عن فعل الزنا حتى لو قذفها أجنبي يحد فكذا الزوج ولو قذف الأمة أو الكافرة لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين أو مجنونين، وقال الشافعي – رحمه الله – يلاعن في الكل إلا إذا كان أحدهما صغيرا أو مجنونا أو كلاهما لأن اللعان أيمان عنده، وكل من كان أهلا لليمين يكون أهلا له، والحجة عليه ما تلونا، وما بينا من المعنى، وقوله – عليه الصلاة والسلام – «أربع من النساء ليس بينهن وبين أزواجهن لعان اليهودية والنصرانية تحت المسلم، والحرة تحت المملوك، والمملوكة تحت الحر» رواه أبو بكر الرازي والدارقطني، وفيه «ليس بين المملوكين والكافرين لعان» ذكره أبو عمر بن عبد البر وضعفه، ورواه الدارقطني من طرق ثلاث، وضعفه، والضعيف إذا روي من طرق يحتج به لما عرف في موضعه ثم الإحصان يعتبر عند القذف حتى لو

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢٦٢/٢

قذفها وهي أمة أو كافرة ثم أسلمت أو عتقت لا يجب الحد ولا اللعان.

قال – رحمه الله – (وصفته ما نطق به النص) أي صفة اللعان ما ذكر في كتاب الله تعالى، وهو أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير إليها في كل مرة ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا لما تلونا، وروى الحسن عن أبي حنيفة – رحمه الله – أنه يأتي بلفظ المواجهة فيقول فيما رميتك به من الزنا، وتقول هي إنك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا لأنه يقطع الاحتمال، ووجه الظاهر أن لفظ المغايبة إذا انضمت إليه الإشارة انقطع الاحتمال، وإنما خصت المرأة بالغضب لأن النساء يستعملن اللعن كثيرا فلا تقع المبالاة به، وتخاف من الغضب قال – رحمه الله –

(فإن التعنا بانت بتفريق الحاكم) ولا تبين قبله حتى لو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة بأن أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحد للقذف أو وطئت هي وطئا حراما أو خرس أحدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما إذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما، وإن زال الإحصان لأنه يرجى عوده فيعود الإحصان ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها أو آلى منها صح لبقاء النكاح، وقال زفر تقع الفرقة بلعانهما لقوله – عليه الصلاة والسلام –

ـــــــــــQقوله صفة اللعان إلخ) ظاهر في تعينه كذلك حتى لو أخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يفيد لعانها فيعيده بعده، وبه قال الشافعي وأحمد وأشهب من المالكية، وفي البدائع أنه يعيد اللعان عليها لأن اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج فلا يصح إلا بعد وجود شهادته، ولهذا يبدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا فإن لم تعده حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لأن تفريقه صادف محل الاجتهاد لأنه يزعم أن اللعان يمين لا شهادة، ويجوز تقديم إحدى اليمينين على الأخرى كتحالف المتبايعين فإنه لا يلزم مراعاة الترتيب، ومقتضاه لزوم الإعادة كقول الشافعي لكن في الغاية لو بدأ بلعانها فقد أخطأ السنة، ولا تجب إعادته، وبه قال مالك، وهو الوجه لأن النص أعقب الرمي بشهادة أحدهم، وشهادتها الدارئة للحد عنها بقوله ويدرأ عنها العذاب، ولأن الفاء دخلت على شهادته على وزان ما قلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من أنه أعقب جملة الأفعال للقيام إلى الصلاة، وإن كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره ثمة. اهـ. فتح

(قوله يشير إليها في كل مرة) أي يشير إلى المرأة في قوله رميتها. اهـ. (قوله لأنه يقطع الاحتمال) أي احتمال أن يضمر مرجعا للضمير الغائب هو غيرها بخلاف الخطاب قاله الكمال – رحمه الله – (قوله انقطع الاحتمال) يعني انقطع احتمال ضمير الغائب لا أن المراد أن انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لأن الإشارة بانفرادها لا احتمال معها. اهـ. فتح

(قوله في المتن فإن التعنا بانت بتفريق الحاكم) قال الكمال – رحمه الله –، وقال أبو يوسف إذا افترق المتلاعنان **فلا يجتمعان**

أبدا فيثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وإذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقا بل فسخا، ويلزم على قول أبي يوسف أن لا يتوقف على تفريق القاضي لأن الحرمة ثابتة قبله اتفاقا، وكذا الخلاف في كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظهار أو زالت فإذا فرض أن هذه الحرمة من حين ثبتت ثبتت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضي. اهـ. (قوله ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة) أي بما لا يرجى زواله. اهـ. فتح (قوله ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها إلخ) غير أن وطأها محرم عليه لما سيعلم، ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما ثلاثا خطأ نفذ تفريقه عندنا، وعند زفر، وبقية الأئمة لا ينفذ اهـ فتح." (١)

"«المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا»، وقال الشافعي تقع الفرقة بلعان الزوج، ويتعلق بلعانه عنده أربعة أشياء قطع النسب، وسقوط الحد عنه، ووجوب الحد عليها، وثبوت الفرق بينهما له في الفرقة أن الزوج لما شهد عليها بالزنا أربع مرات، وأكد ذلك باللعان فالظاهر أنهما لا يأتلفان فلم يكن في بقاء النكاح فائدة فينفسخ كما ينفسخ بالارتداد، ولنا حديث ابن عمر «أنه – عليه الصلاة والسلام – لاعن بين رجل، وامرأته ففرق بينهما، وألحق الولد بأمه» رواه مسلم والبخاري – رضي الله عنهما –

وحديث «عويمر بن الحارث العجلاني أنه لاعن امرأته عند رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فلما فرغا من لعانهما قال كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله – صلى الله عليه وسلم –» قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين رواه البخاري، ومسلم، وغيرهما ولو كانت الفرقة تقع بلعانهما أو بلعانه لأنكر عليه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وفي هذا الباب أحاديث كثيرة صحاح كلها تثبت التفريق منه – عليه الصلاة والسلام –، ولأنه لما ثبت حرمة الاستمتاع بينهما لما رواه زفر فات الإمساك بالمعروف، وبمثله لا تقع الفرقة بل يجب عليه أن يسرح فإن فعل، وإلا ناب القاضي منابه كما في الإباء والجب والعنة، ولهذا قال عمر – رضي الله عنه – المتلاعنان يفرق بينهما، وقال أبو بكر الرازي قول الشافعي خارج ليس له فيه سلف، وقال الطحاوي قول الشافعي خلاف القرآن والحديث، وينبغي على قوله أن لا تلاعن المرأة أصلا لأنها ليست زوجة له عند لعانها، ولأن اللعان تحالف عنده فوجب أن لا ينفسخ النكاح إلا بالقضاء كما في التحالف في البيع، وزعمت الشافعية أن التفريق المذكور في الحديث إعلامهما بوقوع الفرقة بينهما، وهو غلط، وتحريف محض لأن التفريق إيقاع الفرقة ولو كان كما قالوا لقال أعلمهما بوقوع الفرقة، ويرده ما رواه أبو داود «فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله – صلى الله عليه وسلم –»

ومن العجب أنهم تعلقوا بحديث العجلاني المتقدم لإباحة إرسال الثلاث جملة حيث لم ينكر عليه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ثم ينكرون وقوع الطلاق عليها هنا، ويلزمهم أيضا أنه – عليه الصلاة والسلام – لم ينكر عليه قوله كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ولولا أن النكاح قائم لأنكر عليه، ولا يقال إنه أنكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها لأن ذلك ينصرف إلى طلب المهر لأنه روي «أنه – عليه الصلاة والسلام – قال له حين طلب رد المهر إن كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها، وإن كنت كاذبا فأبعد اذهب فلا سبيل لك عليها» أو يكون معناه لا سبيل لك على

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٣/١٧

إمساكها ثم قال بعض مشايخنا لا يستقيم هذا القول على قول أبي يوسف لأنه يقول الثابت باللعان تحريم مؤبد كحرمة الرضاع والمصاهرة وهي لا تتوقف على القضاء

وعلى قولهما يستقيم لأن الفرقة باللعان عندهما تطليقة بائنة لأنها لدفع الظلم عنها فانتسب فعل القاضي إليه فكان طلاقا كالفرقة بسبب الجب أو العنة، ونحوه قال شيخ الإسلام، وهو مستقيم على قول أبي يوسف أيضا لأن المذهب عند علمائنا أن النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد حتى لو وطئها قبل التفريق لا يجب عليه الحد اشتبه عليه الأمر أو لم يشتبه نص عليه محمد في نكاح الأصل.

قال – رحمه الله – (وإن قذف بولد نفى نسبه، وألحقه بأمه) وشرطه أن يكون العلوق في حال يجري بينهما اللعان حتى لو علقت وهي أمة أو كافرة ثم أعتقت أو أسلمت لا ينفي، ولا يلاعن لأن نسبه كان ثابتا على وجه

ـــــــ Q (قوله وقال الشافعي تقع الفرقة بلعان الزوج) أي قبل لعان المرأة لأن الفرقة بيد الزوج فيكون لعانه هو المعتبر في الفرقة، وإنما لعان المرأة لدرء الحد عنها. اهـ. أتقاني (قوله الثابت باللعان تحريم مؤبد)، وهو قول زفر والحسن كذا في شرح الأقطع، وقول الشافعي مثل قول أبي يوسف. اهـ. أتقاني

(قوله في المتن قذف بولد نفى نسبه إلخ) قال في شرح الطحاوي ثم ولد الملاعنة بعدما قطع نسبه فجميع أحكام نسبه باق من الأب سوى الميراث حتى أن شهادة الأب له لا تقبل، وشهادته لأبيه لا تقبل، ودفع الزكاة إليه لا يجوز، ولو كان أنثى فتزوجه أبوه أو تزوج بنته منه إن كان ابنا لا يجوز، وغير ذلك من أحكام النسب. اهـ. أتقاني، وقال الكمال واعلم أن ولد الملاعنة إذا قطع نسبه من الأب وألحق بالأم لا يعمل في جميع الأحكام بل في بعضها فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا تجوز شهادة أحدهما للآخر، ولا صرف زكاة ماله إليه، ولا يجب القصاص على الأب بقتله، ولو كان لابن الملاعنة ابن، وللزوج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوج بتلك البنت، ولو ادعى إنسان هذا الولد لا يصح، وإن صدقه في ذلك، ولا يبقى في حق النفقة والإرث كذا في الذخيرة، وهو مشكل في ثبوت النسب إذا كان المدعي ممن يولد مثله لمثله، وادعاه بعد موت الملاعن لأنه مما يحتاط في إثباته، وهو مقطوع النسب من غيره

ووقع الإياس من ثبوته من الملاعن، وثبوت النسب من أمه لا ينافيه اهـ ما قاله الكمال – رحمه الله –، وفي الذخيرة لا يشرع اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصي، ولمن لا يولد له لأنه لا يلحق به الولد، وفيه نظر لأن المجبوب ينزل بالسحق، ويثبت نسب ولده على ما هو المختار، ولا لعان في القذف بنفي الولد في نكاح فاسد، وعند الشافعي وأحمد يجب اللعان به، وكذا في نفيه من وطء بشبهة، وعند أبي يوسف فيهما الحد واللعان لأنه يلحقهما بالنكاح الصحيح، وفي الذخيرة قذفها بنفي ولدها فلم يلتعنا حتى قذفها أجنبي به فحد الأجنبي يثبت نسب الولد من الزوج، ولا ينتفي بعد ذلك لأنه لما حد

قاذفها حكم بكذبه. اهـ. فتح (قوله ثم أعتقت أو أسلمت) أي فنفى ولدها اهـ

(قوله لا ينفي، ولا يلاعن) لأن انتفاءه إنما يثبت شرعا حكما للعان، ولا لعان بينهما. اهـ. فتح." [(١)]

"لا يمكن قطعه فلا يتغير بعده، وصورة هذا اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي الولد، وكذا في جانبها فتقول أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفي الولد ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكره في اللعان الأمرين فيقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ونفي ولدها، وتقول المرأة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، ونفي الولد ثم ينفي القاضي نسبه، ويلحقه بأمه لأن المقصود بهذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده، ويثبت نفي الولد ضمنا للقضاء بالتفريق، وعن أبي يوسف أنه يقول قد فرقت بينكما، وقطعت نسب هذا الولد عنه، وألزمته أمته لأن كل واحد منهما ينفك عن الآخر ألا ترى أن الولد إذا مات قبل اللعان بعد القذف بالنفي أو قذفها بالزنا فقط لا ينتفي نسبه باللعان، ولو نفى نسب ولد أم الولد انتفى بقوله من غير لعان، وقال إبراهيم يلاعن بينهما، ولا ينفي الولد لقوله – عليه الصلاة والسلام – «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، وقال بعض الناس بنفس اللعان ينقطع عن الأب، ويلتحق بالأم، ولنا ما روينا من حديث ابن عمر رواه الجماعة، وفيه ففرق بينهما، وألحق الولد بأمه فيكون حجة على الفريقين.

قال – رحمه الله – (فإن أكذب نفسه حد) لإقراره بوجوب الحد عليه، هذا إذا أكذب نفسه بعد اللعان، وإن أكذب قبله ينظر فإن لم يطلقها قبل الإكذاب فكذلك لما ذكرنا، وإن أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد عليه، ولا لعان لأن المقصود من اللعان التفريق به بينهما فلا يتأتى به بعد البينونة، ولا يجب عليه الحد لأن قذفه كان موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لأن القذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما إذا أكذب نفسه بعد اللعان لأن وجوب اللعان تم بالقذف الأول، والحد بكلمات اللعان لأنه نسبها فيه إلى الزنا، واللعان شهادة، والشهود إذا رجعوا يجب الحد عليهم لأنهم نسبوه إلى الزنا بشهادتهم فكذا هذا، وعلى هذا لو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان لأنه قذفها وهي زوجة ثم أبانها ولو قال لها أنت طالق ثلاثا يا زانية يجب الحد لأنه قذفها بعدما بانت، وصارت أجنبية فيحد.

قال – رحمه الله – (وله أن ينكحها) أي له أن يتزوج بها بعدما أكذب نفسه، وحد وهذا عندهما، وقال أبو يوسف ليس له ذلك لقوله – عليه الصلاة والسلام – «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا» رواه أبو داود بمعناه، ومثله عن علي وابن مسعود وابن عباس رواه الدارقطني، ولهما أن الإكذاب رجوع، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها في حق الراجع فيرتفع اللعان، ولهذا يحد، ويثبت نسب الولد، ولا يجتمع الحد واللعان فلزم من إقامة الحد انتفاء اللعان، وكذا لا ينفي اللعان مع ثبوت النسب ومعنى قوله – عليه الصلاة والسلام – «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا» أي ما داما متلاعنين كقوله تعالى ﴿ولا تصل على أحد منهم مات أبدا﴾ [التوبة: ٨٤] أي ما دام منافقا يقال المصلي لا يتكلم أي ما دام مصليا فلم يبق متلاعنا لا

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٨/٣

حقيقة لعدم الاشتغال به، ولا مجازا لأنه إنما سمي متلاعنا لبقاء اللعان بينهما حكما، ولم يبق قال – رحمه الله – (وكذا إن قذف غيرها فحد أو زنت فحدت) يعني حلت له لأنه بعد حد القذف لم يبق أهلا للعان، وكذا هي لو قذفت إنسانا فحدت لأنها لم تبق أهلا له بعده، والمنع لأجل الأهلية حتى لا يقذفها مرة أخرى فيلتعنان فإذا بطلت الأهلية أمن من ذلك فيجتمعان، وهذا لأن اللعان لم يشرع في العمر بين الزوجين إلا مرة فلو أبيح له التزويج بها، والأهلية باقية لأدى إلى وقوعه مرارا، وإذا بطلت لم يؤد فجاز، وكذا زناها يسقط إحصانها فيبطل به أهليتها، وقوله فحدت وقع اتفاقا لأن زناها من غير حد يسقط

ـــــــــQقوله فيوفر عليه مقصوده) يعني أن غرض الزوج من لعانه بسبب نفي الولد هو نفي الولد فيكمل عليه غرضه من نفي الولد فلا جرم بنفي القاضي نسب ولده منه لكن يتضمنه القضاء بالتفريق أي يحصل نفي الولد في ضمن القضاء بالتفريق يعني إذا قال فرقت بينهما كفى اهـ أتقاني (قوله لأن كل واحد منهما) أي من القضاء بالتفريق باللعان ونفي الولد اهـ (قوله ينفك عن الآخر) أي فلا بد من ذكره. اهـ. هداية حتى لو لم يقله لا ينتفي النسب عنه قال شمس الأئمة هذا صحيح، ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه، ويحد فلو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الأب وذرية الأب لاحتياج الحي إلى النسب. اهـ.

(قوله وقال أبو يوسف ليس له ذلك) قال في التهذيب، وعند أبي يوسف وزفر رحمهما الله لا يجوز، وهذه فرقة مؤبدة (قوله لعدم الاشتغال به) أي لأن ذلك لا يكون إلا حال تشاغلهما باللعان، ولم يبق التشاغل. اهـ. أتقاني – رحمه الله – (قوله لأنه إنما سمي متلاعنا لبقاء اللعان بينهما حكما، ولم يبق) أي لأنه إذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لإقراره على نفسه بالتزام الحد، ومن ضرورة إقامة الحد عليه بطلان اللعان، وإلا صار جمعا بين الأصل والخلف (قوله في المتن أو زنت فحدت) قال الكمال قيل لا يستقيم لأنها إذا حدت كان حدها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل بمجرد أن تزني تخرج عن الأهلية، ولذا أطلقنا فيما قدمناه، ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا، وهو معنى القذف فيستقيم حينئذ توقف حلها للأول على حدها لأنه حد القذف، ويوجه تخفيفها بأن يكون القذف، واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت فإن حدها حينئذ الجلد لا الرجم لأنها ليست بمحصنة، واستشكل بأن زوال أهلية الشاهد بطرو الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضي عنها في حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الأهلية ليبطل أثره من الحرمة (قوله والمنع) أي من التزوج بها بعد اللعان. اهـ. (قوله فيبطل به أهليتها) قلت وبالله التوفيق، والحاصل أن الزوج لا يحل له أن يتزوج بالملاعنة بعد التفريق إلا إذا لم يبق أهلا للعان بأن أكذب نفسه فحد أو قذف غيرها فحد لأنه بعد حد القذف لم يبق أهلا للعان أو هي لم تبق أهلا للعان بأن زنت مثلا قال في التهذيب ثم بعد اللعان لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما ثم لا يجوز النكاح بينهما إلا إن أكذب." (١)

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٩/٣

"﴿فك رقبة﴾ [البلد: ١٣] ﴿أو إطعام في يوم ذي مسغبة﴾ [البلد: ١٤] ﴿يتيما ذا مقربة﴾ [البلد: ١٥] ﴿أو مسكينا ذا متربة﴾ [البلد: ١٦] ﴿ثم كان من الذين آمنوا﴾ [البلد: ١٧] تقديره وكان قبل ذلك لأن الأعمال الصالحات قبل الإيمان لا يعتد بها ولهذا لا يجب عليه التكفير قبل الحنث

ولو كان كما قاله لوجب التكفير أولا ثم الحنث بعده مفصولا للآمر به بكلمة ثم على زعمه ولا يلزم من الإضافة إليه أن يكون سببا له لأن الإضافة إلى غير السبب كالشرط وغيره جائز ألا ترى أنه يقال كفارة الصوم وكفارة الإحرام، والصوم ليس سببا لوجوبها وكذا الإحرام ولأن الكفارة خلف عن البر فلا يصار إليها ما دام البر باقيا ولا يعتد به إن فعله كما لا يصار إلى التيمم ولا يعتد به إذا فعله مع القدرة على الماء وهذا لأن الكفارة توبة قال الله تعالى في كفارة القتل ﴿توبة من الله﴾ [النساء: ٩٢] والتوبة قبل الجريمة لا يعتد بها كالطهارة قبل الحدث ولهذا لا يجوز التكفير بغير المال ولو كان سببا كما قال لجاز ككفارة القتل فإنه يجوز بالصوم بعد الجرح وفرقه بين المالي والبدني ساقط لأن حق الله تعالى في المالي فعل الأداء والمال آلته وإنما يقصد عين المال في حقوق العباد لحاجتهم إليه ولا يقال إن الله تعالى رتب الكفارة على اليمين بقوله تعالى ﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته﴾ [المائدة: ٨٩]

والفاء للوصل والتعقيب فيقتضي أن تجوز الكفارة بعد اليمين متصلا بها وقال ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم جعلها كفارة اليمين ورتبها على الحلف لا على الحنث لأنا نقول الحنث مضمر فيه تقديره فكفارته إذا حنثتم، وتقدير الأخرى إذا حلفتم وحنثتم كما أضمر الفطر في قوله تعالى ﴿فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة: ١٨٤] أي فأفطر فعدة من أيام أخر وكقوله ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا﴾ [المائدة: ٦] أي إذا قمتم إليها وأنتم محدثون ولو كان كما قاله لما اختص بالمالي على ما ذكرنا ولو قدم التكفير لا يسترد من الفقير لأنه وقع صدقة تطوعا كما إذا قدم الزكاة قبل الحول ثم ذهب المال

قال – رحمه الله – (ومن حلف على معصية ينبغي أن يحنث ويكفر) أي يجب عليه أن يحنث لما روينا ولقوله – عليه الصلاة والسلام – «لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا في معصية ولا في قطيعة رحم» رواه النسائي وأبو داود وهو محمول على نفي الوفاء بالمحلوف عليه ولأن البر معصية أيضا كالحنث لهتك حرمة الاسم فيجب المصير إلى أخفهما إثما وهو الحنث لأنه مرخص له شرعا بما روينا وما يلزم من المعصية في البر ليس بمرخص له فوجب الأخذ بالمرخص ولأن في الحنث فوات البر إلى جابر وفي البر لزوم المعصية بلا جابر فيجب الحنث لأن الفوات إلى خلف كلا فوات

قال – رحمه الله – (ولا كفارة على كافر وإن حنث مسلما) وقال الشافعي – رحمه الله – تجب عليه الكفارة وإن حنث كافرا لأن اليمين يعقد للبر وهو أهل له لأن البر يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله تعالى فيحمله اعتقاده على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات ولنا قوله تعالى ﴿فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا أيمان لهم﴾ [التوبة: ١٢] ولأنه ليس بأهل لليمين لأن المقصود منها البر تعظيما لله تعالى والكافر ليس من أهله لأنه هاتك حرمة الاسم بالكفر والتعظيم مع الهتك لا يجتمعان والبر لا يتحقق إلا من المعظم بخلاف الاستخلاف في الخصومات لأنه أهل لمقصوده وهو النكول أو

الإقرار وليس بأهل للكفارة لأنها عبادة ستارة كاسمها ومعنى العقوبة فيها تابع ويستحيل منه العبادة لأنه ليس بأهل لها ولا لحكمها وهو الثواب فلا يشرع في حقه أصلا

قال – رحمه الله – (ومن حرم ملكه لم يحرم) أي من حرم على نفسه شيئا مما يملكه بأن يقول مالي علي حرام أو ثوبي أو جاريتي فلانة أو ركوب هذه الدابة لم يصر محرما عليه لذاته لأنه قلب المشروع وتغييره ولا قدرة له على ذلك بل الله تعالى هو المتصرف في ذلك بالتبديل قال – رحمه الله – (وإن استباحه كفر) أي إن أقدم على ما حرمه يلزمه كفارة اليمين لأنه ينعقد به يمينا فصار حراما لغيره وقال الشافعي – رحمه الله – لا كفارة عليه لأنه قلب الموضوع على ما ذكرنا فلا ينعقد به اليمين إلا في النساء والجواري ولنا قوله تعالى
ـــــــــــــــــــقوله ﴿ثم كان من الذين آمنوا﴾ [البلد: ١٧] قال في التيسير إن ثم هنا لترتيب الأخبار لا لترتيب الوجود أي ثم أخبركم أن هذا لمن كان مؤمنا. اهـ. كشف (قوله ولو قدم التكفير لا يسترد من الفقير) وإن كان لا يقع عن الكفارات قبل الحنث. اهـ. (قوله لأنه وقع صدقة تطوعا) فليس له أن يستردها منه لأنه تمليك لله قصد به القربة مع شيء آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له أن ينقضه ويبطله. اهـ. فتح

(قوله في المتن ومن حلف على معصية) مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا. اهـ. فتح (قوله في المتن ينبغي أن يحنث ويكفر) قال الكمال – رحمه الله – واعلم أن المحلوف عليه أنواع فعل معصية أو ترك فرض فالحنث واجب أو شيء غيره أولى منه كالحلف على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه فإن الحنث أفضل لأن الرفق أيمن وكذا إذا حلف ليضربن عبده وهو يستأهل ذلك أو ليشكون مديونه إن لم يواف غدا لأن العفو أفضل وكذا تيسر المطالبة أو على شيء وضده مثله كالحلف لا يأكل هذا الخبز أو لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين أولى ولو قال قائل إنه واجب لقوله تعالى ﴿واحفظوا أيمانكم﴾ [المائدة: ٨٩] على ما هو المختار في تأويلها أنه البر فيها أمكن اهـ
(قوله ويكفر) ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتن. اهـ. (قوله ابن آدم) ليس في خط الشارح. اهـ.

(قوله في المتن ولا كفارة على كافر وإن حنث مسلما) وقال في الشامل وكذلك لو حلف ثم ارتد ثم أسلم فحنث لا يلزمه شيء. اهـ. (قوله وقال الشافعي تجب عليه الكفارة) قال في شرح الأقطع قال الشافعي تنعقد يمينه فإن حنث حال كفره كفر بالعتق والكسوة والإطعام دون الصوم وإن حنث بعد إسلامه كفر بالصوم إن كان معسرا. اهـ. أتقاني

(قوله في المتن ومن حرم ملكه لم يحرم) ضبطه الرازي بالقلم بضم حرف المضارعة وفتح الحاء المهملة وفتح الراء المشددة اهـ (قوله أي إن أقدم على ما حرمه) يعني عامله معاملة المباح. اهـ. (قوله فلا ينعقد به اليمين) أي لأنه عقد مشروع فلا ينعقد بلفظ هو قلب المشروع اهـ." (١)

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١١٤/٣

"اسم لما يتفكه به بعد الطعام وقبله أي يتنعم به وهذا المعنى ثابت في التفاح والبطيخ والمشمش والخوخ والتين والإجاص ونحوها فيحنث بأكلها وغير ثابت في القثاء والخيار لأنهما من البقول بيعا فإنهما يباعان معها وأكلا لأنهما يوضعان على الموائد مع البقول فلا يحنث بأكلهما وأما العنب والرمان والرطب فالمذكور هنا قول أبي حنيفة – رحمه الله – وعندهما هي فاكهة حتى يحنث بأكلها في يمينه لا يأكل فاكهة فإن معنى التفكه فيها موجود فإنها أعز الفواكه وأكملها ولهذا أفردت بالذكر بعد دخولها في اللفظ العام في القرآن كما أفرد جبرائيل وميكائيل – عليهما السلام – بالذكر بعد دخولهما في لفظ الملائكة

ومطلق الاسم يتناول الكامل فيكون التنعم بها فوق التنعم بغيرها من الفواكه ولأبي حنيفة – رحمه الله تعالى – أن الفاكهة من التفكه وهو التنعم بما لا يتعلق به البقاء زيادة على المعتاد وذلك بما لا يصلح غذاء ولا دواء ألا ترى أنهم يقولون النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة وهذه الأشياء تصلح لهما لأن الرطب والعنب يؤكلان غذاء ويتعلق بهما البقاء وبعض الناس يكتفون بها في بعض المواضع والرمان يؤكل للتداوي فيتحقق القصور في معنى التفكه فلا يتناولها اسم الفاكهة على الإطلاق ألا ترى أن يابس هذه الأشياء ليست من الفواكه فالزبيب والتمر من الأقوات وحب الرمان من التوابل والفواكه لا يختلف بين رطبها ويابسها في أنها لا تصلح للغذاء وما بيناه شاهد له لا لهما وكذا قوله تعالى ﴿فأنبتنا فيها حبا﴾ [عبس: ٢٧] ﴿وعنبا وقضبا﴾ [عبس: ٢٨] ﴿وزيتونا ونخلا﴾ [عبس: ٢٩] ﴿وحدائق غلبا﴾ [عبس: ٣٠] ﴿وفاكهة وأبا﴾ [عبس: ٣١] لأن العطف يقتضي المغايرة إذ الشيء لا يعطف على نفسه وهو الأصل فلا يعدل عنه من غير ضرورة

وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فأفتى كل واحد بما شاهد من عادة أهل عصره وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن له نية وأما إذا نوى فعلى ما نوى بالإجماع وجعل البطيخ في هذا الكتاب من الفاكهة وهكذا ذكره القدوري والحاكم الشهيد في المنتقى عن أبي يوسف وقال في المحيط اليابس من أثمار الشجر فاكهة إلا البطيخ فإنه لا يعتاد يابسه فاكهة في عامة البلدان وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه أن البطيخ ليس من الفاكهة لأن ما لا يكون يابسه فاكهة فرطبه لا يكون فاكهة قال – رحمه الله – (والإدام ما يصطبغ به كالخل والملح والزيت لا اللحم والبيض والجبن) أي الإدام شيء يختلط به الخبز وهو من الصبغ وذلك بالمائع دون غيره حتى لو حلف لا يتأدم لا يحنث إلا بالمائع وهذا عند أبي حنيفة وهو الظاهر من قول أبي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا إدام كاللحم والجبن وهو رواية عن أبي يوسف

ـــــــ Q (قوله أي يتنعم به) أي زيادة على المعتاد من الغذاء الأصلي. اهـ. (قوله وهذا المعنى) أي معنى التفكه بأن يؤكل زيادة على الغذاء اهـ (قوله والإجاص) قال في المصباح الإجاص مشدد معروف الواحدة إجاصة وهو معرب لأن الجيم والصاد لا يجتمعان في كلمة عربية اهـ (قوله ولهذا أفردت بالذكر بعد دخولها في اللفظ العام) فإن قيل أين جاء العموم وفاكهة نكرة في سياق الإثبات فالجواب أن النكرة في مقام الامتنان تعم والمقام مقام الامتنان اهـ قال في غاية البيان اعلم أنه إذا حلف لا يأكل فاكهة فأكل تينا أو مشمشا أو خوخا أو سفرجلا أو إجاصا أو كمثرى أو تفاحا أو جوزا أو لوزا أو فستقا أو عنابا يحنث بالإجماع سواء كان رطبا أو يابسا ولو أكل خيارا أو قثاء أو جزرا لا يحنث لأنها من البقول ولهذا يؤدم معها اهـ

(قوله ولأبي حنيفة أن الفاكهة إلخ) قال الكمال وأبو حنيفة يقول هي ما يتغذى بها منفردة حتى يستغنى بها في الجملة في قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن ولا شك أنها يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل أصالة لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث بأحدها إلا أن ينويه فيحنث بالثلاثة اتفاقا ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحب الرمان ومن الأقوات وهو التمر والزبيب والمشايخ قالوا هذا اختلاف زمان ففي زمانه لم يعدوها من الفواكه فأفتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها فأفتيا به فإن قيل الاستدلال المذكور لأبي حنيفة يخالف هذا الجمع فإن مبنى هذا على العرف والاستدلال المذكور صريح في أن مبناه اللغة حيث قال الفاكهة ما يتفكه به ولا شك أن ذلك لغة والتفكه ما يتنعم به زيادة على المحتاج إليه أصالة وهذا معنى اللغة واستعمال العنب وأخويه ليس كذلك دائما فقصر إلخ أمكن الحواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم تغد في زمنهما اهـ

قال الأتقاني قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير إن الرجل من خراسان لو حلف بالفارسية لا يأكل الفاكهة ينبغي أن يحنث في هذه الأشياء كما قال أبو يوسف ومحمد قال في خلاصة الفتاوى فالحاصل أن العبرة للعرف فكل ما يؤكل على سبيل التفكه ويعد فاكهة في العرف يدخل في اليمين وما لا فلا. اهـ. (قوله وبعض الناس يكتفون بها) كذا بخط الشارح وينبغي أن يقال وبعض الناس يكتفون بهما. اهـ. (قوله وحب الرمان من التوابل) أي حوائج الطبيخ. اهـ. (قوله في المتن والإدام ما يصطبغ به) قال الكمال وما لم يصبغ الخبز مما له جرم كجرم الخبز وهو بحيث يؤكل وحده ليس بإدام كاللحم والبيض والتمر والزبيب اهـ

(قوله والملح) أي لأنه يئول إلى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز. اهـ. كمال - رحمه الله - وسيأتي في كلامه (قوله وهو رواية عن أبي يوسف) أي وهو قول الشافعي وأحمد والحاصل أن ما يصبغ به كالخل وما ذكرنا إدام بالإجماع وما يؤكل وحده غالبا كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب وأمثالها ليس إداما بالإجماع أي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف خلافا لما قيل إنها على الخلاف وممن صحح الاتفاق شمس الأئمة وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليس بإدام وكذا العنب والبطيخ والنفل وكذا سائر الفواكه ولو كان في بلد يؤكلان تبعا للخبز يكونان إداما أما البقول فليست بإدام بالاتفاق لأن آكلها لا يسمى مؤتدما." (١)

"(لا يشرب من دجلة على الكرع بخلاف من ماء دجلة) أي لو حلف لا يشرب من دجلة فيمينه على الكرع حتى لو شرب بإناء لم يحنث حتى يكرع فيها كرعا بخلاف ما إذا حلف لا يشرب من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب بالإناء وبغيره لأن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهو الشرط في الأول دون الثاني وقالا إذا شرب بالإناء أيضا يحنث لأنه المتعارف يقال يشرب أهل بغداد من دجلة والمراد الشرب بأي شيء كان وله أن كلمة من للتبعيض حقيقة وهي مستعملة فيه عرفا وشرعا «قال النبي - صلى الله عليه وسلم - لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في الشن وإلا كرعنا» والحقيقة مرادة ولهذا لو شرب كرعا يحنث ولو حنث بالشرب بإناء يلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو ممتنع وهما يقولان ليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز بل هو عمل بعموم المجاز وأبو حنيفة يقول الحقيقة مستعملة فلا يصار إلى المجاز والحق أن هذه

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٣/١٣١

المسألة مبنية على أن المجاز الراجح أولى عندهما من الحقيقة المستعملة فيصار إلى المجاز لذلك وعنده الحقيقة المستعملة أولى فلا يصار إلى المجاز وهو نظير اختلافهم فيمن حلف لا يأكل من هذه الحنطة

ولو حلف لا يشرب من ماء البئر أو من ماء الجب بشربه بالإناء إجماعا لأنه لا يمكن فيه الكرع فتعين المجاز وإن كان يمكن الكرع فعلى الخلاف ولو تكلف وشرب بالكرع فيما لا يمكن الكرع لا يحنث لأن الحقيقة والمجاز **لا يجتمعان** ولو حلف لا يشرب من الفرات أو من ماء الفرات فعلى ما تقدم في دجلة وفاقا وخلافا ولو شرب من نهر يأخذ من الفرات لا يحنث في يمينه لا يشرب من الفرات لعدم الكرع في الفرات إجماعا لحدوث النسبة إلى غيره فانقطعت النسبة إلى الفرات ويحنث في يمينه لا يشرب من ماء الفرات لأن يمينه انعقدت على شرب ماء منسوب إلى الفرات ومثل هذا النسبة لم تنقطع بمثله ولو حلف لا يشرب ماء فراتا فهو على شرب ماء عذب من أي موضع كان لأنه عبارة عن العذب وقد جعله الله تعالى وصفا للماء قال الله تعالى ﴿وأسقيناكم ماء فراتا﴾ [المرسلات: ٢٧] وكذلك لو قال لا أشرب من ماء فرات لما ذكرنا ولو حلف لا يشرب ماء هذا الكوز فصب ماؤه في كوز آخر فشربه لم يحنث لتبدل النسبة

قال – رحمه الله – (إن لم أشرب ماء هذا الكوز اليوم فكذا ولا ماء فيه أو كان فصب أو أطلق ولا ماء فيه لا يحنث وإن كان فصب حنث) أي رجل قال لامرأته إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأنت طالق وليس فيه ماء أو كان فيه ماء فصب قبل غروب الشمس أو أطلق اليمين أي لم يقل اليوم وليس في الكوز ماء لم يحنث في هذه الصور كلها وإن كان فيه فصب حنث أي في المطلق وهو ما إذا لم يقل اليوم فحاصله أن هذه المسألة على وجهين إما أن يكون مؤقتة باليوم أو لم تكن مؤقتة به وكل وجه على وجهين إما أن يكون فيه ماء فصب أو لا يكون فيه ماء أما في المؤقت لا يحنث في الوجهين لأنه إن لم يكن فيه ماء يستحيل الشرب منه واليمين على المحال لا تنعقد وكذلك إن كان فيه ماء فصب قبل الليل لأن البر في المؤقت يجب في آخر الوقت وعند

ـــــــــــ

(قوله في المتن بخلاف من ماء دجلة) كذا هو ثابت في المتون والذي بخط الشارح بغير لفظ من. اهـ. (قوله لم يحنث حتى يكرع فيها كرعا) أي يتناول بفمه من نفس النهر كذا قال الكمال وقال الأتقاني كرع في الماء إذا تناوله بفيه من موضعه وفي الصحاح كرع في الماء يكرع كروعا إذا تناوله بفيه من موضعه من غير أن يشرب بكفيه أو بإناء وفي المغرب والكرع تناول الماء بالفم من موضعه يقال كرع الرجل في الماء وفي الإناء إذا مد عنقه نحوه لشربه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لأنه فعل البهيمة تدخل فيه أكارعها وفي المصباح المنير كرع في الماء كرعا وكروعا من باب نفع شربه بفيه من موضعه فإن شرب بكفيه أو بشيء آخر فليس بكرع وكرع كرعا من باب تعب لغة وكرع في الإناء أمال عنقه إليه فشرب منه

وفي الفتاوى الظهيرية وتفسير الكرع عند أبي حنيفة أن يخوض الإنسان في الماء ولا يكون الكرع إلا بعد الخوض في الماء فإنه من الكراع وهو من الإنسان ما دون الركبة ومن الدواب ما دون الكعب كذا قال الإمام نجم الدين النسفي اهـ وقال ابن الأثير في نهايته في حديث «أنه دخل على رجل من الأنصار في حائطه فقال إن كان عندك ماء بات في شنة وإلا كرعنا» اهـ كرع في الماء يكرع كرعا إذا تناوله بفيه من غير أن يشرب بكفه ولا بإناء كما تشرب البهائم لأنها تدخل فيه أكارعها. اهـ. (قوله لم يحنث حتى يكرع فيها كرعا) يعني إذا لم يكن له نية أما إذا نوى بإناء حنث به إجماعا. اهـ. فتح

(قوله وقالا إذا شرب) أي منها كيفما شرب بإناء أو بيده أو كرعا حنث لا فرق بين ذلك وبين قوله من ماء دجلة لأن نسبة الماء إليها ثابت في جميع هذه الصور وقولهما قول الشافعي وأحمد قاله الكمال (قوله ولو حلف لا يشرب من ماء البئر أو من ماء الجب يحنث) هكذا شاهدته في خط الشارح وقد قال في معراج الدراية ما نصه ولو قال من هذا الجب أو من هذا البئر قال أبو سهل الشرغي لو كان الجب أو البئر ملآن يمكن الكرع منه فيمينه على الكرع عند أبي حنيفة لإمكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف وإن لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من أسفل البئر أو الجب اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يحنث لعدم العرف بالكرع كذا في الذخيرة اهـ قوله كذا في الذخيرة أي ومثله في الظهيرية اهـ وقوله قال أبو سهل الشرغي بفتح الشين المعجمة وسكون الراء وفي آخرها غين معجمة نسبة إلى شرغ قرية من قرى بخارى قاله الشيخ عبد القادر في طبقاته اهـ وقول الشارح ولو حلف لا يشرب من ماء البئر أو من ماء الجب يحنث ينبغي أن تكون عبارته هكذا ولو حلف لا يشرب من هذا البئر أو من هذا الجب يحنث فتأمل. اهـ.." (١)

"احتياط فلا يكون مشروعا فيما يبنى على الدرء فإن قيل الاحتياط في الحبس أكثر فكيف يكون مشروعا قلنا حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لأنه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرا له «وحبس – عليه الصلاة والسلام – رجلا بالتهمة» بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة لأن الحبس أقصى عقوبة فيها ألا ترى أنه لا يعاقبه بعد ثبوت الحق إلا به فلا يجوز أن يفعله قبل الثبوت بخلاف الحدود فإن فيها عقوبة أخرى أغلظ منه

قال – رحمه الله – (وبإقراره أربعا في مجالسه الأربعة كلما أقر رده) أي يثبت الزنا بإقراره أربع مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر كلما أقر رده القاضي وقال الشافعي يكتفى بالإقرار مرة لأن الإقرار مظهر وتكراره لا يزيد شيئا كما في سائر الحقوق بخلاف كثرة العدد في الشهود لأنه يفيد زيادة طمأنينة القلب ولنا حديث «ماعز – رضي الله عنه – أنه – عليه الصلاة والسلام – أخر إقامة الحد عليه إلى أن تم إقراره أربع مرات في أربعة مجالس» فلو ظهر دونها لما أخرها لثبوت الوجوب ولأن الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الإقرار تعظيما لأمر الزنا وتحقيقا للستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولأن لاتحاد المجلس أثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد فيه وهو قائم بالمقر فيعتبر مجلسه دون مجلس القاضي ويرده القاضي كلما أقر فيذهب به حتى يغيب عن نظره في كل مرة فيما يروى عن أبي حنيفة – رحمه الله – لأنه – عليه الصلاة والسلام – «طرد ماعزا حتى توارى بحيطان المدينة» فإن قيل إنما رده – عليه الصلاة والسلام – قبل أن يتبين له عقله لأنه جاء أشعث أغبر متغير اللون

ولما استبان له عقله رجمه ألا ترى أنه – عليه الصلاة والسلام – قال له «أبك خبل أبك جنون فقال لا فسأل عنه فقالوا ما نعلم فيه إلا خيرا وبعث إلى أهله هل تنكرون من عقله شيئا فقالوا لا فسأله عن إحصانه فأخبره أنه محصن فرجمه» قلنا ليس كذلك لأن يدل على كمال عقله إذ هي حالة التوبة والخوف من الله لا على جنونه وقوله – عليه الصلاة والسلام – «أبك خبل أبك جنون» تلقين منه لما يدرأ به الحد كما قال – عليه الصلاة والسلام – له «لعلك قبلتها لعلك باشرتها»

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٣٤/٣

والسؤال عنه كان على سبيل الاحتياط
والدليل عليه ما قاله أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - له بعدما أقر ثلاث مرات إنك إن اعترفت الرابعة رجمك فاعترف وهذا دليل على أن هذا العدد كان معروفا بينهم ظاهرا عندهم ألا ترى إلى قول أبي بريدة كنا نتحدث في أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه وصح «أن الغامدية رجمها - عليه الصلاة والسلام - بعد ما أقرت أربع مرات» ولا يقال إذا لم يجب الحد بإقراره مرة وجب أن يجب المهر لأنه أقر بوطء لا يوجب الحد فإذا وجب المهر وجب أن لا يجب الحد بعد ذلك لأنهما **لا يجتمعان** لأنا نقول الأمر موقوف فإن تمت الحجة لم يجب وإلا وجب كما قلنا في الشهادة إن البعض إذا شهدوا يتوقف الأمر فإن تم النصاب لا يكون قذفا وإلا فهو قذف فكنا متوقفين في إيجاب الحد عليهم أو على الزانيين
ولا فرق في الإقرار بين أن يكون حرا أو عبدا وفي العبد خلاف زفر - رحمه الله - وقد عرف في موضعه وقال ابن أبي ليلى لا يعتبر اختلاف المجالس وإنما يعتبر العدد فقط كما في الشهادة والحجة عليه ما بيناه وينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار ويظهر الكراهية من ذلك ويأمر بإبعاده عن مجلسه في كل مرة لأنه - عليه الصلاة والسلام - فعل كذلك وقال عمر - رضي الله عنه - اطردوا المعترفين يعني بالزنا قال - رحمه الله - (وسأله كما مر فإن بينه حد) أي إذا تم إقراره أربع مرات سأله كما مر في الشهادة وهو أن يسأله عن الزنا ما هو وكيف هو وأين هو وأين زنى وبمن زنى ومتى زنى ليزول الاحتمال على ما مر وقيل لا يسأله عن الزمان لأن تقادم
ـــــــQقوله لأنه صار متهما بارتكاب الفاحشة) أي بشهادة هؤلاء وإن لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد وحبس المتهمين تعزيرا لهم جائز. اهـ. كمال - رحمه الله -

(قوله في المتن وبإقراره) أي بإقرار البالغ العاقل واعتبار البلوغ والعقل لأن كلام الصبي والمجنون ليس بصحيح اهـ قال الكمال قدم الثبوت بالبينة لأنه المذكور في القرآن ولأن الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم ولأنها حجة متعدية والإقرار قاصر ولا بد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو أقر الأخرس بالزنا بكتابة أو إشارة لا يحد للشبهة بعدم الصراحة وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال أن يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى في حال إفاقته بخلاف الأعمى صح إقراره والشهادة عليه وكذا الخصي والعنين، وكذا لو أقر وظهر مجبوبا أو أقرت فظهرت رتقاء، قبل الحد وذلك لأن إخبارها بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بخرساء أو هي أقرت بأخرس لا حد على واحد منهما اهـ
(قوله من مجالس المقر) أي لا مجالس القاضي. اهـ. (قوله وقد عرف في موضعه) أي في باب الحجر. اهـ. (قوله وقال ابن أبي ليلى لا يعتبر اختلاف المجالس) أي فيقام الحد عنده بالإقرار أربع مرات وإن كان في مجلس واحد. اهـ. (قوله وبمن زنى) العلم بالمزني بها ليس بشرط لصحة الإقرار حتى لو قال زنيت بامرأة لا أعرفها صح إقراره ويحد. اهـ. بدائع (قوله ومتى زنى) قال الأتقاني ولم يذكر القدوري السؤال عن الزمان في الإقرار بأن يقول متى زنيت لأن التقادم مانع للشهادة لتهمة الحقد والمرء لا يتهم على نفسه فيقبل إقراره وإن تقادم العهد وبيان التقادم يعلم في باب الشهادة على الزنا وقال الكمال ولم يذكر

السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت وذكره في الشهادة لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فإذا لم يكن التقادم مسقطا، لم يكن في السؤال عنه فائدة
ووجه الفرق بين الشهادة والإقرار في ذلك سيذكره المصنف في باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال بمن زنيت لأنه قد." (١)

"ولأبي حنيفة – رحمه الله – أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع فإن قيل اليمين لم تحصل بقطع اليسرى بل كانت حاصلة بخلاف المستشهد به فكيف يقال أخلف قلنا اليمين كانت مستحقة الإتلاف فبقطع اليسرى سلمت فصارت كالحاصلة له به ولا يلزم على هذا لو قطع رجله اليمنى حيث لا تقطع يده اليمنى ومع هذا يجب على القاطع الضمان لأنا نقول لا رواية فيه فيمنع ولئن سلم فالمتلف ليس من جنس الباقي فلم يخلف ما يقوم مقامه وعلى هذه النكتة التي اعتبر فيها الاختلاف لو قطع اليسار غير الحداد لا يضمن في الصحيح إذا كان بعد حكم الحاكم بالقطع لما ذكرنا أنه أخلف ثم في العمد يجب ضمان المال المسروق على السارق عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – لأنه لم يقع حدا وسقوط الضمان عنه في ضمن وقوعه حدا وكذا عندهما بل أولى وفي الخطأ كذلك على الطريقة التي اعتبر فيها وهي أن القاطع لا يجب عليه الضمان لأنه أتلف وأخلف ولم يقع حدا وعلى الطريقة الأخرى وهي أن القاطع اجتهد وأخطأ في اجتهاده حيث زعم أن الكتاب مطلق عن قيد اليمين يكون قطع اليسار واقعا على الحد لأن المجتهد معذور في الخطأ فلا يجب الضمان إذ القطع والضمان لا يجتمعان والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد وأما الخطأ في معرفة اليمين من اليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عفوا أيضا هذا إذا عين له الإمام أو الحاكم اليمنى بأن قال له اقطع يمين هذا.
وأما إذا أطلق بأن قال له اقطع يده ولم يعين لا يضمن القاطع باتفاق لعدم المخالفة إذ اليد تنطلق عليهما وكذا لو أخرج السارق يساره فقال هذه يميني لأنه قطعه بأمره وهذا كله إذا كان بأمر الإمام وأما إذا قطعه أحد قبل أن يقضي ولم يأمر به فيجب القصاص في العمد والدية في الخطأ اتفاقا ويسقط القطع عن السارق لأن مقطوع اليد لا يجب عليه القطع حدا كي لا يؤدي إلى المثلة ويجب عليه ضمان ما سرق لعدم القطع حدا قال – رحمه الله – (وطلب المسروق منه شرط القطع) أي طلبه المال المسروق حتى لا يقطع وهو غائب لأن الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والإقرار في ذلك لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره عند الأداء والقطع لتنتفي تلك الشبهة وكذا إذا غاب عند القطع لأن الإمضاء في الحدود من القضاة وفي البدائع إذا أقر أنه سرق من فلان الغائب قطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه وقيل عندهما ينتظر وعند أبي يوسف لا ينتظر وذكر في النهاية معزيا إلى المبسوط أنه معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء لأن الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير وقال ابن أبي ليلى لا يشترط حضوره فيهما لأن الحد حق الله تعالى فكان من باب الحسبة كالزنا وقال الشافعي لا حاجة إلى حضوره في الإقرار دون البينة لأن الشهادة تبتنى على الدعوى دون الإقرار والحجة عليهما ما بيناه قال – رحمه الله –

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٦٦/٣

(ولو مودعا أو غاصبا

ــــــ ۞ (قوله ولأبي حنيفة أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه) أي وهو اليمنى فإنها لا تقطع بعد قطع اليسرى اهـ وكتب على قوله ما هو خير ما نصه أي لأن البطش باليمنى أتم اهـ (قوله فإن قيل اليمين لم تحصل بقطع اليسرى) أي فلا يصح قولكم أخف بدل ما أتلف. اهـ. (قوله فالمتلف ليس من جنس الباقي) لأن منفعة البطش ليست من جنس منفعة المشي. اهـ. فتح (قوله في الصحيح) احتراز عما ذكر الإسبيجابي في شرحه لمختصر الطحاوي حيث قال هذا كله إذا قطع الحداد بأمر السلطان ولو قطع يساره غيره ففي العمد القصاص وفي الخطا الدية. اهـ. فتح (قوله والمراد إلخ) تكرار محض. اهـ. (قوله فقال هذه يميني) فقطعها لا يضمن وإن كان عالما بأنها يساره بالاتفاق. اهـ. فتح.

(قوله لأنه قطعه بأمره) ألا ترى أن رجلا لو قال لآخر اقطع يدي فقطع يده لا ضمان عليه كذا في شرح الطحاوي. اهـ.

(قوله وأما إذا قطعه أحد إلخ) قال في شرح الطحاوي ومن وجب عليه القطع في السرقة فلم يقطع حتى قطع قاطع يمينه فهذا لا يخلو إما أن يكون قبل الخصومة أو بعد الخصومة قبل القضاء أو بعد القضاء فإن كان قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص في العمد والأرش في الخطأ وتقطع رجله اليسرى في السرقة وإن كان بعد الخصومة قبل القضاء فكذلك الجواب إلا أنه لا تقطع رجله في السرقة لأنه لما خوصم كان الواجب في اليمنى وقد فاتت فيسقط وإن كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع وكان قطعه عن السرقة حتى لا يجب الضمان على السارق فيما استهلك من مال السرقة أو هلك في يده. اهـ.

(قوله ولا فرق بين الشهادة والإقرار) قال الأتقاني ثم لا فرق في ظاهر الرواية عن أصحابنا بين أن تثبت السرقة بالبينة أو بالإقرار بأن أقر أنه سرق نصابا من فلان وهو غائب فلا يقطع ما لم يحضر المسروق منه وعن أبي يوسف أنه قال أقطعه بالإقرار وإن لم يكن المسروق منه حاضرا وبه أخذ الشافعي وما ذكره في البدائع بناء على هذه الرواية. اهـ. (قوله وكذا إذا غاب عند القطع) يعني لا يقطع السارق أيضا إذا غاب المسروق منه عند القطع عندنا خلافا للشافعي كما لا يقطع إذا كان غائبا عند الشهادة أو الحكم. اهـ. أتقاني (قوله لأن الإمضاء في الحدود من القضاء) أي ولهذا تجعل الأسباب الحادثة في الشهود كالارتداد والفسق والجنون والعمى والموت بعد القضاء قبل الإمضاء كالحادثة قبل القضاء اهـ.

(قوله وفي البدائع إلخ) هذا خلاف ظاهر الرواية. اهـ. (قوله وقال ابن أبي ليلى) قال الأتقاني وقال ابن أبي ليلى يقطع وإن كان المسروق منه غائبا في وقت الشهادة أو الحكم. اهـ. (قوله لأن الشهادة تبتنى على الدعوى دون الإقرار) ولنا أن المقر به للمقر ظاهرا ما لم يوجد التصديق من المقر له ولهذا لو أقر لغائب ثم لحاضر جاز فإذا كان زوال ملكه موقوفا إلى التصديق كان أقل أحواله." (١)

"صاحب مال يضمن وإلا نظرا للجانبين قلنا المضمون لا يختلف بين أن يكون موسرا أو فأقاد وإنما يؤثر الإعسار في التأخير لا غير وقال الشافعي يضمن سواء هلك أو استهلكه فحاصله أن القطع والضمان **لا يجتمعان** عندنا كالحد مع العقر وعنده يجتمعان لأنهما حقان اختلفا محلا ومستحقا وسببا لأن محل القطع اليد ومستحقه هو الله تعالى وسببه الجناية

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢٢٧/٣

على حق الله تعالى وهو ترك الانتهاء عما نهى عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه إثبات اليد على مال الغير على وجه العدوان فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدية مع الكفارة في القتل خطأ وكالقيمة مع الجزاء في قتل صيد مملوك في الحرام وكإيجاب القيمة مع الحد في شرب خمر الذمي.

ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - أنه - عليه الصلاة والسلام - قال «لا غرم على سارق بعد ما قطعت يمينه» ولأن لو ضمناه ينتفي وجوب القطع لما عرف أن ضمان العدوان يوجب ملك المضمون من وقت الأخذ ضرورة أن لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد فيتبين أنها وردت على ملكه وأن القطع كان بغير حق لأنه لا يقطع على أخذ مال نفسه فكان القول به باطلا ولأن القطع خالص حق الله تعالى فلا يجب إلا بجناية واقعة على حقه خالصا بلا شبهة وذلك بأن يكون معصوما لله تعالى ليس للعبد فيه حق كالخمر والميتة فلا يضمن ولو بقي له حق لكان مباحا لذاته حراما لغيره وهو لحق مالكه فكان حراما من وجه دون وجه فيسقط الحد للشبهة فيصير حراما حقا للشرع فقط كالزنا فلا يضمن إلا أن هذه العصمة وهي كونه معصوما لله تعالى لا يظهر في حق شخص آخر حتى يضمنه بالإتلاف لعدم الضرورة في حقه وكذا في حق السارق بالنسبة إلى الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة فلا ضرورة إليه في حقه.

وكذا الشبهة الدائرة للحد تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره فلا يضرنا جعله معصوما لحق العبد بالنسبة إلى الاستهلاك إذ لا يؤدي إلى انتفاء القطع باعتباره مالا في حقه كما في حق الأجنبي ووجه المشهور أن الاستهلاك إتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه بمعنى أنه لو كان معصوما لحق العبد في حق الاستهلاك لأدى إلى سقوط القطع وكذا ظهر سقوط العصمة في حق الضمان حتى لا يجب عليه ضمانه لأنه لو لم يسقط في حقه يلزم أن يجب مال معصوم بمقابلة مال غير معصوم ولا متقوم فانتفى الضمان لانتفاء المماثلة كما لا يجب باستهلاك المنافع لهذا المعنى ولا نسلم أن هنا سببين بل هو سبب واحد وهو سرقة مال متقوم لصيانة أموال الناس لا غير فلا يجب حقان مختلفان بسبب واحد كالقصاص مع الدية بخلاف ما استشهد به لأن هناك سببين مختلفين لأن ما يجب من الجزاء حقا لله تعالى لا تعلق له بكون المحل معصوما مملوكا ألا ترى أنه لو قتل صيدا غير مملوك أو صيد نفسه أو شرب خمر نفسه أو قتل عبد نفسه تجب هذه الأجزية حقا لله تعالى وحق العبد فيه متعلق بالمحل بدلا عنه فتعدد الموجب لتعدد السبب فافترقا فإن قيل متى انتقلت العصمة حقا لله تعالى إن قلتم قبل السرقة ففيه سبق الحكم على السبب وإن قلتم بعد السرقة فهذا غير مفيد لأن السبب صادف محلا محترما حقا للمالك وإن قلتم مع السرقة فهو باطل أيضا لأن السرقة وقت الوجود ليست بموجودة فكيف يوجد حكمها.

قلنا انتقلت العصمة قبيل السرقة متصلا بالسرقة لتنعقد السرقة موجبة للقطع ويجوز سبق الحكم على السبب إذا كان ذلك الحكم شرط صحة ذلك السبب كما في قوله أعتق عبدك عني بألف درهم فقال أعتقت يثبت الملك مقتضى للعتق سابقا عليه ضرورة صحة العتق عنه فكذا هذا فإن قيل إذا انتقلت العصمة ولم يبق حق المالك فكيف يشترط خصومته قلنا ما شرط المالك لذاته بل لإظهار السرقة وليتمكن الإمام من القطع حتى لو وجدت الخصومة من غير مالك اكتفى به على ما مر قال - رحمه الله -

(ولو قطع لبعض السرقات لا يضمن شيئا) يعني لو سرق سرقات فقطع في إحداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا وهذا عند

أبي حنيفة – رحمه الله – وقالا يضمن كلها إلا في التي قطع لها ولو حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق لهما في الخلافية أن المسقط للضمان القطع وهو حصل

ــــــــQالكمال لأنه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة إلى دعوى المال. اهـ. (قوله وإنما يؤثر الإعسار في التأخير لا غير) قال الكمال ولا خلاف إن كان باقيا أنه يرد على المالك وكذا لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له. اهـ.." (١)

"للحاضر لأنه لا يستوفى إلا بخصومته وإثباته عند القاضي ولم يوجد ذلك من غيره فيقطع له خاصة إذ ليس بنائب عنهم فبقيت أموالهم معصومة على حالها ولهذا لو حضروا وادعوا السرقة لم يأخذوها حتى يقيموا البينة على السرقة ولو كانت خصومته لكل لأخذوها كما يأخذ هو وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لأن مبني الحدود على التداخل، والخصومة شرط لظهورها عند القاضي وعند من له الحق ليعلم لا لوجوب القطع إذ هو بالجناية وصاحب الحق هو الله تعالى وهو لا يخفى عليه خافية فلا حاجة إلى القضاء بل إلى الاستيفاء فإذا استوفى كان للكل لعود منفعته إلى الكل بخلاف المال لأنه حق العبد فتشترط الخصومة منه ولأن القطع متحد فيكون القضاء به للكل بخلاف الأموال فإن قيل الخصومة شرط ليصير الخصم باذلا للمال ولهذا لو اختار التضمين لا يقطع ولا يصح البذل من واحد عن الكل قلنا بذل المال بسقوط عصمته أمر شرعي يثبت بناء على استيفاء القطع لا باختيار العبد ألا ترى أنه يستوفيه الحاكم بخصومة من لا يملك البذل كالأب والوصي والمكاتب والعبد المأذون له وعلى هذا الخلاف إذا سرق من واحد نصابا مرارا ثم قطع لأجل نصاب واحد قال – رحمه الله –

(ولو شق ما سرق في الدار ثم أخرجه قطع) وذلك مثل أن يسرق ثوبا وشقه نصفين قبل أن يخرجه من الدار ثم أخرجه وقيمته عشرة دراهم بعد الشق فإنه يقطع وقال أبو يوسف لا يقطع لأنه أحدث فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة فيملك المضمون فصار كالمشتري إذا سرق مبيعا فيه خيار البائع ثم فسخ البيع ولهما أن الشق ليس بسبب موضوع للملك شرعا وإنما هو سبب للضمان وإنما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كالأخذ نفسه وكما إذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما استشهد به لأن البيع موضوع لإفادة الملك وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب وإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستندا إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة بل أولى لاستناده واقتصار الهبة وهذا إذا كان النقصان فاحشا وإن كان يسيرا قطع بالإجماع لانعدام سبب الملك لعدم اختيار تضمين كل القيمة وترك الثوب عليه ثم يضمن النقصان مع القطع هنا وكذا إذا كان الخرق فاحشا واختار أخذ الثوب وتضمين النقصان ولا يمتنع هذا التضمين بالقطع لأن ضمان النقصان وجب بإتلاف ما فات قبل

ــــــــQقوله لأخذوها كما يأخذ هو) أي فلو وجب الضمان عليه لاجتمع قطع وضمان. اهـ. كافي (قوله وله أن الواجب إلخ) قال في الكافي وله أن القطع وجب عن السرقات كلها فيبطل ضمان كلها كما لو خاصموا جميعا وهذا لأن الحد عند

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢٣٢/٣

تقدم أسبابه يقع عن الكل لعدم رجحان البعض عن البعض وكل السرقات ثابتة في علم الله تعالى والقطع يستوفى حقا له ولا يجب بالسرقات إلا قطع واحد للتداخل فيقع عن الكل في علمه تعالى إلا أن القاضي لا علم له بسائر السرقات فظن أن القطع بإزاء الواحدة فإذا ثبت الباقي في السرقات بالبينات بأن له أن القطع بإزاء الكل والخصومة شرط لظهورها عند القاضي لا لوجوبها فإذا خاصم الواحد وأثبت وضح التكليف للقاضي بالقطع والمستوفي يصلح للكل والكل واجب في الحقيقة فيقع عن الكل لعود نفعه إلى الكل. اهـ.

(قوله فإنه يقطع) أي وإن كان لا يساوي عشرة دراهم بعده لم يقطع اتفاقا. اهـ. كافي (قوله وكذا إذا كان الخرق فاحشا) قال في الكافي فإن قيل قد أوجبتم مع القطع ضمان النقصان وهما **لا يجتمعان** قلنا إنما **لا يجتمعان** كي لا يؤدي إلى الجمع بين أجزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي إذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء. اهـ. (قوله ولا يمتنع هذا التضمين) هذا جواب عن سؤال مقدر تقدير السؤال أن يقال كيف جمع أبو حنيفة ومحمد بين القطع وضمان الشق وقد تقدم من أصل أصحابنا أن القطع والضمان **لا يجتمعان** فأجاب عن ذلك بأن ما فات عن الشق صار هالكا قبل الإخراج فالقطع لم يقع له فلا ينتفي الضمان ولا يمتنع القطع اهـ قال الكمال - رحمه الله - واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فإنه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب به الضمان لأن عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي أن لا يجب ضمان النقصان.

وعن هذا قال في الفوائد الخبازية وفي الصحيح لا يضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان ولأنه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالإجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الأمهات أنه يقطع ويضمن النقصان والنقص بالاستهلاك غير وارد لأن الاستهلاك هنا بعد السرقة بأن سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما إذا نقص قبل تمام السرقة فإن وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة ثم إذا أخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم يضمنه إياه ألا ترى إلى قول الإمام فخر الدين قاضي خان فإن كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان أما القطع فلأنه أخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة وأما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعييب الذي وجد قبل الإخراج الذي به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لأن ضمان النقصان وجب بإتلاف ما فات قبل الإخراج والقطع بإخراج الباقي فلا يمنع كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وأما قول الباحث يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك إلخ فغلط لأن عند السرقة وهو الإخراج ما كان له ملك في المخرج فإن الجزء الذي ملكه." (١)

"الإخراج والقطع بإخراج الباقي فلا يمتنع كما لو أخذ ثوبين فأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وذكر الخبازي أن الصحيح أنه لا يضمن النقصان لأنه ضمان هذا الثوب فيكون كأنه ملك ما ضمن فيكون مشتركا بينهما فينتفي القطع وتكلموا في الفرق بين الفاحش واليسير فقيل إن أوجب الخرق نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وما

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٣/٢٣٣

دونه يسير وقيل ما لا يصلح الباقي لثوب ما فهو فاحش واليسير ما يصلح وقيل ما ينقص به نصف القيمة فاحش وما دونه يسير وما فوقه استهلاك لأن للأكثر حكم الكل والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل يتعيب به فقط وهذا الخيار يثبت ما لم يكن إتلافا وإذا كان إتلافا فله تضمين جميع القيمة من غير خيار ويملك السارق الثوب ولا يقطع وحد الإتلاف أن ينقص أكثر من نصف القيمة قال – رحمه الله –

(ولو سرق شاة فذبحها وأخرجها لا) أي لا يقطع لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه قال – رحمه الله –

(ولو صنع المسروق دراهم أو دنانير قطع وردها) أي لو سرق ذهبا أو فضة قدر ما يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع ورد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة – رحمه الله – وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها وأصل هذا الخلاف في الغصب في أن الغاصب هل يملك الدراهم والدنانير بهذه الصنعة أم لا بناء على أنها متقومة أم لا فعنده لا يملك لأنها لا تتقوم وعندهما يملك لتقومها ثم وجوب القطع عنده لا يشكل لأنه لم يملكها على قوله وقيل على قولهما لا يجب القطع لأنه ملكه قبل القطع وقيل يجب لأنه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه وعلى هذا الخلاف إذا اتخذه حليا أو آنية قال – رحمه الله –

(ولو صبغه أحمر فقطع لا يرد ولا يضمن) أي لو سرق ثوبا فصبغه أحمر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه وهكذا ذكره في المحيط والكافي ولفظ صاحب الهداية وإن سرق ثوبا فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن بتأخير الصبغ عن القطع ولفظ محمد – رحمه الله – سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر إلخ دليل على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه لأن عين ماله قائم من كل وجه وهو أصل والصبغ تبع فكان اعتبار الأصل أولى كما في الغاصب ولهما أن صبغ السارق في الثوب قائم صورة ومعنى وحق صاحب الثوب قائم صورة لا معنى حتى إذا هلك عنده أو استهلكه لا يجب عليه الضمان فكان حق السارق أحق بالترجيح كالموهوب له إذا صبغه انقطع حق المالك لما قلنا بخلاف الغصب لأن حق كل واحد منهما قائم من كل وجه فرجحنا جانب الأصل دون التبع فإن قيل إذا انقطع حق المالك وجب أن يملكه السارق من حين سرق فيمتنع القطع قلنا يجب القطع باعتبار الثوب الأبيض وهو لم يملكه أبيض بوجه ما فصار كما لو سرق حنطة

ـــــــــــQبالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له. اهـ.

(قوله لا يقطع) أي وإن كانت قيمتها مذبوحة عشرة دراهم. اهـ. (قوله ولا قطع فيه) أي لكنه يملك قيمتها للمسروق منه. اهـ. فتح

(قوله وهذا عند أبي حنيفة) وبه قالت الثلاثة. اهـ. فتح (قوله وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها) أي وهل يقطع عندهما

يذكر قريبا. اهـ. (قوله في أن الغاصب) أي إذا غصب نقرة فضة فضربها دارهم. اهـ. (قوله وعندهما يملك لتقومها) وجه قولهما أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الصفر والحديد بأن غصب حديدا أو صفرا فجعله سيفا أو آنية وكذا الاسم كان تبرا ذهبا فضة صار دراهم دنانير وله أن هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا بدليل أنه لم يتغير بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة بأحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع وتؤخذ للمالك على أن الاسم باق وهو اسم الفضة والذهب وإنما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم. اهـ. كمال (قوله لأنه ملكه قبل القطع) أي بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكنه يجب عليه مثل ما أخذ وزنا من الذهب والفضة. اهـ. كمال (قوله وقيل يجب) أي ولا شيء على السارق. اهـ. فتح (قوله فلم يملك عينه) أي فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شيء عليه قاله الكمال اهـ قال الشهيد في جامعه وهو الأصح. اهـ.

(قوله في المتن ولو صبغه أحمر إلخ) قال في الهداية ومن سرق ثوبا فصبغه أحمر يقطع به قال الكمال بإجماع العلماء. اهـ. (قوله وقال محمد يؤخذ منه الثوب) قال الكمال وهو قول الأئمة الثلاثة اهـ (قوله قائم صورة) أي وهو ظاهر. اهـ. (قوله ومعنى) أي من حيث القيمة. اهـ. فتح (قوله حتى إذا هلك عنده) أي عند السارق. اهـ. (قوله أو استهلكه لا يجب عليه الضمان) حتى لو أراد المسروق منه أن يأخذ الثوب يضمن له قيمة الصبغ. اهـ. فتح (قوله انقطع حق المالك) أي في الرجوع. اهـ. (قوله فرجحنا جانب الأصل دون التبع) قال في الفوائد الظهيرية وفي المسألة إشكال وهو أن الثوب على تقدير القطع يصير ملكا للسارق من حين صبغه فتبين أن القطع لم يكن بحق ولهذا قلنا إن القطع مع الضمان **لا يجتمعان** لأنه على تقدير الضمان يثبت الملك من وقت السرقة فيتبين أن القطع لم يكن بحق وجوابه أن ثبوت الملك هنا لما ذكرنا من الترجيح لوصف التقوم فإنه معنى بعد القطع فلا يكون الملك ثابتا قبل القطع ومع هذا للقيل والقال فيه مجال فإن السارق حين قطع والثوب مصبوغ أو بقي الثوب على ملك المالك والصبغ ملك السارق فيكون قد قطع في شيء مشترك فكان ينبغي أن لا يقطع لكنه جعل الثوب كالمستهلك حتى جاز القطع." (١)

"والمالك متمكن من الزراعة ولم يزرعها وأما إذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار قوته وأسبابه فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وإن شاء آجرها وأخذ الخراج من أجرتها وإن شاء زرعها بنفقة من بيت المال وأخذ الخراج من نصيب صاحب الأرض وإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج وقال في النهاية هذا بلا خلاف لأنه إلحاق الضرر بالواحد لأجل العامة وعن أبي يوسف أنه يدفع إلى العاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها ولو انتقل إلى أخس مما كان يزرعها من غير عذر فعليه خراج الأعلى لأنه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كي لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس بالدعاوى الباطلة بأن يقول كانت هذه الأرض قبل هذا كيت وكيت لشيء هو أحسن مما فيها فنسد هذا حتى لا ينفتح لهم باب الظلم وأما إذا أسلم صاحب الأرض الخراجية فلأن الخراج فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فيبقى على المسلم وعقوبة في

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٣/٢٣٤

الابتداء فلا يبتدأ المسلم به ولأن الخراج من أثر الكفر فجاز بقاؤه على المسلم كالرق بخلاف الجزية لأن الرأس لا مؤنة فيه فيسقط والأرض لا تخلو عن مؤنة فلو سقط الخراج لاحتجنا إلى إيجاب شيء آخر من المؤن ولأن في الجزية صغارا أيضا فلا تبقى بعد الإسلام بخلاف الخراج وقد روي أن جماعة من الصحابة اشتروا الأرض الخراج وأدوا خراجها فدل على بقائه على المسلم وجواز شرائه وأدائه من غير كراهة وأما إذا اشترى المسلم أرض الخراج فلما بينا ثم إن بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه وإلا فعلى البائع

قال - رحمه الله - (ولا عشر في خارج أرض الخراج) وقال الشافعي - رحمه الله - يجب فيه العشر مع الخراج لأنهما حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا ومصرفا فإن الخراج مؤنة فيها معنى العقوبة، والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج يجب في الذمة والعشر في الخارج ويجب الخراج بالتمكن والعشر بحقيقة الخارج ويصرف الخراج في مصالح المسلمين والعشر للفقراء فوجوب أحدهما لا ينافي الآخر. ولنا قوله «- عليه الصلاة والسلام - لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم» ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما فصار إجماعا عملا وكفى بهم قدوة ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا وأقر أهلها عليها والعشر في أرض أسلم أهلها عليها طوعا أو قسمت بين الغانمين والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهي الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان إلى الأرض والإضافة تدل على الاختصاص وهو بالسببية وكل واحد منهما مؤنة أرض نامية ولا يجتمع وظيفتان بسبب أرض واحدة وعلى هذا الخلاف الزكاة مع العشر أو الخراج حتى لو اشترى أرضا عشرية أو خراجية للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا وعنده تجب الزكاة مع أحدهما ومحمد - رحمه الله - معه فيه لاختلاف محلهما لأن العشر محله الخارج.
وكذا الخراج لكن في أحدهما حقيقة وفي الآخر تقديرا والزكاة محلها مال التجارة وهي الأرض فلا تنافي بينهما كدين ثمن الأرض معهما بخلاف العشر والخراج لأن محلهما واحد على ما بينا قلنا إن العشر والخراج مؤنة الأرض النامية ولهذا يضافان إليها وكذا الزكاة وظيفة المال النامي وكذا العشر والخراج واحد وهو الأرض النامية وكل واحد منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا تجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد فصار كالعشر والخراج بخلاف دين ثمن الأرض مع أحدهما لأن الدين يجب للعبد والعشر والخراج لله تعالى فلا يتنافيان بل يجتمعان وإن كانا بسبب ملك مال واحد ثم إذا ثبت أنهما لا يجتمعان كان العشر أو الخراج أولى من الزكاة بالوجوب لأنهما صارا وظيفة لازمة لها ولا يسقطان بعذر الصبا والجنون والرق وهما أسبق وجوبا من الزكاة فتترك على حالها ثم الخراج لا يتكرر بتكرر الخارج في سنة لأن عمر - رضي الله عنه - لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لأنه لا يتحقق كونه عشرا إلا بوجوبه في كل الخارج والله أعلم
ـــــــQقوله فلا يعذر في التقصير) قال الأتقاني بخلاف ما إذا عطلها وهو متمكن من الزراعة حيث يكون الخراج دينا في ذمته لتعلق الخراج بالنماء التقديري حينئذ ألا ترى أن رجلا لو استأجر بيتا أو حانوتا فعطله المستأجر فعليه الأجر فلو لم يتمكن من الانتفاع بأن غصبه غاصب أو نحو ذلك لا يجب الأجر وذكر أبو الليث هنا سؤالا وجوابا في شرح الجامع الصغير فقال فإن قيل لو استأجر رجل أرضا يزرعها فاصطلمت الزرع آفة فإنه يجب عليه الأجر يجب إلى وقت هلاك الزرع

ولا يجب عليه بعد ذلك وليس الأجر بمنزلة الخراج لأن الخراج وضع على مقدار الخارج إذا صلحت الأرض للزراعة فإذا لم تخرج الأرض شيئا جاز إسقاطه والأجر لم يوضع على مقدار الخارج فجاز إيجابه وإن لم يخرج قال الولوالجي وخراج الوظيفة والمقاسمة لا يسقط بهلاك الخارج بعد الحصاد لأنه واجب في الذمة بسبب الخارج، وقبل الحصاد يسقط لأنه غير واجب في الذمة بخلاف الزكاة لأنها واجبة في المال لا في الذمة اهـ قال قاضي خان في باب الإجارة رجل استأجر أرضا ليزرعها فأصاب الزرع آفة فهلك أو غرق ولم ينبت كان عليه الأجر كأنه قد زرع ولو غرقت الأرض قبل أن يزرعها فلا شيء عليه وكذا لو غصبها رجل وزرعها لا أجر على المستأجر ولو كانت في يد المستأجر فلم يزرعها حتى مضت السنة كان عليه الأجر.

وكذا لو زرع البعض ولم يزرع البعض اهـ قال في المبسوط وإن زرعها فأصاب الزرع آفة فذهب لم يؤخذ الخراج منه لأنه مصاب فيستحق المعونة وإن أخذناه بالخراج كان فيه استئصال ومما حمد من سير الأكاسرة أنهم كانوا إذا اصطلم الزرع آفة يردون على الدهاقين من خزائنهم ما أنفقوا في الأرض ويقولون التاجر شريك في الخسران كما هو شريك في الربح فإن لم نرد عليه شيئا فلا أقل من أن لا يؤخذ منه الخراج وهذا بخلاف الأجر فإنه يجب بقدر ما كانت الأرض مشغولة بالزرع لأن الأجر عوض المنفعة فبقدر ما استوفى من المنفعة يصير الأجر دينا في ذمته فأما الخراج فإنه صلة واجبة باعتبار ريع الأرض فلا يمكن إيجابها بعدما اصطلم الزرع آفة لأنه ظهر أنه لم يتمكن من استغلال الأرض بخلاف ما إذا عطلها اهـ.

قال في الخلاصة في كتاب الإجارات وفي المزارعة الصغيرة رجل استأجر أرضا ليزرعها فزرعها فأصابت الزرع آفة فهلك أو غرقت الأرض ولم تنبت فعليه الأجر ولو غرقت قبل أن يزرعها فلا أجر عليه قال في المحيط والفتوى على أنه لا أجر على المستأجر فيما بقي من المدة بعد هلاك الزرع إلا إذا تمكن من إعادة زرع مثله أو دونه في الضرر بالأرض وكذا لو منعها غاصب لأن في المسألة الأولى يمكنه أن يزرع آخر وإن غرقت قبل ذلك لا يمكنه أن يزرع ولو قبض الأرض ولم يزرعها حتى مضت السنة يجب عليه تمام الأجر اهـ قال الولوالجي في كتاب الإجارة في الفصل الأول رجل استأجر أرضا ليزرعها فزرعها فأصاب الزرع آفة فهلك أو غرق فلم ينبت فعليه الأجر تاما لأنه قد زرع هكذا في واقعات الناطفي ولو غرقت قبل أن يزرعها فلا أجر عليه لأنه لم يتمكن من الانتفاع اهـ ثم قال الولوالجي بعد هذا ما نصه إذا استأجر أرضا للزراعة سنة ثم اصطلم الزرع آفة قبل مضي السنة فما وجب من الأجر قبل الاصطلام لا يسقط وما وجب بعد الاصطلام يسقط لأن الأجر إنما يجب بإزاء المنفعة شيئا فشيئا فما استوفى من المنفعة وجب عليه الأجر وما لم يستوف انفسخ العقد في حقه فيسقط الأجر فرق بين هذا وبين الخراج فإنه إذا زرع أرضا خراجية فأصاب الزرع آفة فذهب لم يؤخذ الخراج لأنه لم يسلم له النماء حقيقة ولا اعتبارا لأن الفوات ما كان من جهته حتى يصير سالما اعتبارا فكان سبب وجوب الخراج ملك أرض نامية حولا كاملا إما حقيقة أو اعتبارا فإذا فات النماء في مدة الحول ظهر أن الخراج لم يكن واجبا وقد ذكرنا قبل هذا على خلاف هذا والاعتماد على هذه الرواية اهـ ما قاله الولوالجي (قوله ولو انتقل إلى أخس مما كان يزرعها من غير عذر) أي كمن له أرض الزعفران فتركها وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران وكذا لو كان له كرم فقلع وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم. اهـ. كاكي (قوله فعليه خراج الأعلى) قال الولوالجي في فتاويه ولو غرس حربي من أرضه كرما فلم يطعم سنين كان عليه كل سنة قفيز ودرهم لأن وظيفة هذه الأرض قبل الغرس قفيز ودرهم في كل جريب فتبقى كذلك ما لم يؤخذ منه خراج الكرم وإن أدركت خارجا يبلغ قيمته عشرين درهما فصاعدا أخذ منه عشرة دراهم لأنه صار كرما صورة ومعنى. اهـ. أتقاني (قوله

فيعتبر مؤنة في حالة البقاء) قال الأتقاني اعلم أن الأرض الخراجية تبقى على حالها خراجية بعد إسلام صاحبها ولا تتغير إلى العشر لأن عمر – رضي الله عنه – وضع على أهل السواد الخراج ثم أسلموا فبقي الخراج كما كان. اهـ. (قوله فيبقى على المسلم) أي لأنه أهل لالتزام المؤنة. اهـ.

(قوله الأرض الخراج) كذا بخط الشارح. اهـ. (قوله بخلاف العشر لأنه لا يتحقق إلخ) قال الحاكم في الكافي ولا يؤخذ خراج الأرض في السنة إلا مرة وإن أغلها صاحبها مرات والقدوة في هذا الباب عمر – رضي الله عنه – لأنه لم يوجب الخراج مكررا وينبغي أن يكون هذا في الخراج الموظف لأن خراج المقاسمة حكمه حكم العشر ويكون ذلك في الخارج قال في شرح الطحاوي فلما كان حكمه حكم العشر والعشر يجب في كل خارج فكذلك خراج المقاسمة. اهـ. أتقاني." (١)

"الرق حيث يبقى بعد الإسلام لأنه في حالة البقاء ليس بعقوبة وإنما هو من الأمور الحكمية حتى يسري إلى الولد تبعا بخلاف الجزية قال – رحمه الله – (والتكرار) أي تسقط بالتكرار ومعناه إذا لم تؤخذ منه الجزية حتى حال عليه حولان وهذا عند أبي حنيفة – رحمه الله – وقال أبو يوسف ومحمد لا تسقط وتؤخذ منه جزية سنتين.

وهو قول الشافعي – رحمه الله – لأنها عوض والأعواض لا تسقط بمضي الزمان فصار كخراج الأرض بخلاف ما إذا أسلم على قولهما لأنه بعد الإسلام تعذر استيفاؤها من الوجه الذي شرعت هي فيه وهو الصغار لأن المسلم يوقر ولا يحقر والمشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة فسقطت للتعذر ولأبي حنيفة – رحمه الله تعالى – أنها عقوبة وجبت على الكفر تؤخذ منه على وجه الإذلال ولهذا لو بعثها على يد غلامه أو نائبه لا يمكن من ذلك في أصح الروايات بل يكلف أن يحضر بها بنفسه فيعطي واقفا والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول له أعط الجزية يا ذمي، والعقوبات الواجبة لله إذا تراكمت تداخلت إذا كانت من جنس واحد كالحدود ألا ترى أن كفارات الإفطار تتداخل وإن كانت عبادة لما فيها من معنى العقوبة فالعقوبة التي ليس فيها معنى العبادة أولى ولأنها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وكلاهما يوجب السقوط لأن القتل يكون في حراب قائم في الحال وكذا النصرة تكون في المستقبل دون الماضي لأنه مستغنى عنه فلا يتصور فيه التكرار والكثرة ولهذا لو مات عند تمام السنة أو قبل التمام لا تؤخذ منه وخراج الأرض قيل على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه اتفاقا لأنه يجب مؤنة الأرض قائما مقام العشر ولهذا **لا يجتمعان** والعشر يتكرر فكذا هذا وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه عند أبي حنيفة – رحمه الله – وقالا يؤخذ منه فحمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع ويتداخل.

والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول وأنه مجرى على حقيقته فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء وظاهر قوله تعالى ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩] يدل على ذلك لأن الله تعالى جعل الإعطاء غاية ينتهي إليه القتل ويجب ترك القتل في أول السنة ولا ينتظر فيه إلى حولان الحول فكذا الإعطاء وهذا لأنها وجبت لإسقاط القتل فتجب للحال

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٣/٢٧٥

كالواجب بالصلح عن دم العمد ولأن المعوض قد سلم لهم للحال فوجب عليهم العوض كذلك ولا يمكنهم القياس على خراج الأرضين لأنه في مقابلة الانتفاع بالأرض فما لم تسلم لهم المنفعة لا تجب عليهم الأجرة ولا تلزمنا الزكاة لأنها إنما وجبت في آخر الحول ليتحقق النماء إذ هي لا تجب إلا في المال النامي

قال – رحمه الله – (ولا تحدث بيعة ولا كنيسة في دارنا) لقوله

ـــــــــــهبالإسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق إذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالإسلام وكذا خراج الأرض وترتفع الجزية لأن كلا منهما محل الإجماع فإن عقلت حكمة فذاك وإلا وجب الاتباع على أن الفرق بين خراج الأرض والجزية واضح إذ لا إذلال في خراج الأرض لأنه مؤنة الأرض كي تبقى في أيدينا والمسلم من يسعى في بقائها للمسلمين بخلاف الجزية فإنها ذل على ظاهر المذهب وأما الاسترقاق فلأن إسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فلأنه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص اهـ.

(قوله لأنها عوض والأعواض لا تسقط) قال الكمال وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضا وكون المتصل منها أعواضا خلاف ما تقدم وأنه بقول الشافعي أليق فإن أريد بالأعواض الأجزية الواقعة عقوبة تم عليها وجه قول أبي حنيفة القائل: والعقوبات تتداخل. اهـ. (قوله بخلاف ما إذا أسلم على قولهما) أي أو مات قبل استكمال السنة أو بعدها. اهـ. (قوله وهو الصغار) أي والعقوبات الواجبة للبقاء على الكفر وبالموت وصل إلى العقاب الأكبر فلا حاجة إلى الأدنى قال تعالى ﴿ولنذيقنهم من العذاب الأدنى دون العذاب الأكبر لعلهم يرجعون﴾ [السجدة: ٢١]. اهـ. أتقاني – رحمه الله – (قوله وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه) التلبيب بالفتح ما على موضع اللبب من ثيابه واللبب موضع القلادة من الصدر والهز التحريك وفي شرح الطحاوي تؤخذ منه الجزية بطريق الاستخفاف له حتى يصفع أيضا حالة الأخذ. اهـ. معراج الدراية (قوله وخراج الأرض قيل على هذا الخلاف) أي فإذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراج عنده وعندهما يؤخذ منه ما مضى اهـ فتح (قوله فالعشر) بالفاء في خط الشارح وفي الكافي بالواو وهو أولى اهـ (قوله وأنه مجرى على حقيقته) أي على حقيقة المجيء وهو الدخول. اهـ. كاكي (قوله فما لم تسلم لهم المنفعة لا تجب عليهم الأجرة) أي فلهذا لم تجب بأول الحول. اهـ.

(قوله في المتن ولا تحدث بيعة) لما فرغ عن بيان ما يجب على أهل الذمة من الجزية شرع في بيان متعبداتهم ما يجوز منها وما لا يجوز. اهـ. (قوله ولا كنيسة) الكنيسة معبد اليهود والبيعة معبد النصارى قيل في وجه المناسبة في الجمع بين الخصاء والكنيسة في الحديث أن الخصاء نوع ضعف ليس في الفحل وكذا بناء الكنيسة في دار الإسلام يورث الضعف في الإسلام أو في الخصاء تغيير عما عليه أصل الخلقة وكذا في بناء الكنيسة تغيير عما عليه بناء دار الإسلام. اهـ. معراج الدراية قال

الأتقاني الكنيسة لمتعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمتعبدهم مطلقا إلا أن الاستعمال غلب في الكنيسة لمتعبد اليهود وفي البيعة لمتعبد النصارى اهـ." (١)

"– عليه الصلاة والسلام – «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه» الحديث. رواه البخاري ومسلم وأحمد «وقيل لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – أرأيت من يموت منهم قال الله أعلم بما كانوا عاملين» فيكون حجة لأبي حنيفة ومحمد في توقفهما في أطفال المشركين فإذا تبعهما يجبر على الإسلام كما يجبران عليه ولا يقتل تبعا لأبيه لأنه كافر أصلي وليس بمرتد حقيقة فيكون حكمه في القتل حكم الكافر الأصلي وولد الولد يسترق ولا يقتل لما ذكرنا وهل يجبر على الإسلام ففيه روايتان في رواية يجبر رواها الحسن عن أبي حنيفة تبعا لجده وفي رواية لا يجبر لأنه لو أجبر إما أن يجبر تبعا لأبيه ولا وجه له لأن أباه كان تبعا لأبويه والتبع لا يكون له تبع أو تبعا لجده ولا وجه له لأن تبعية الآباء في الدين على خلاف القياس ولا يلحق به الجد ولو ألحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم وحواء – عليهما السلام – ولم يوجد في ذريتهما كافر غير المرتد وأصل هاتين الروايتين مبني على أن ولد الولد يكون مسلما بإسلام جده أم لا ففي رواية الحسن يكون مسلما فإذا تبعه في الإسلام تبعه في الإجبار عليه أيضا وفي رواية لا يتبعه في الإسلام فكذا في الإجبار والمسائل التي جعل الجد فيها كالأب أربعة كلها تخرج على الروايتين إحداها هذه والثانية صدقة الفطر إذا كان الجد موسرا فهل تجب عليه صدقة فطر الحافد والثالثة الوصية وهو ما إذا أوصى لأقربائه هل يدخل الجد فيها أو لا والرابعة جر الولاء وهو ما إذا أعتق الجد هل يجر ولاء الحافد إلى مولاه أم لا ففي ظاهر الرواية لا يكون الجد في هذه المسائل كالأب

قال – رحمه الله – (وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه ويجبر عليه ولا يقتل) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام وقال زفر والشافعي ارتداده ليس بارتداد ولا إسلامه بإسلام لأنه يلزمه أحكام يشوبه بها ضرر كحرمان الإرث ولزوم الفرقة بينه وبين امرأته المشركة أو المسلمة وامتناع وجوب نفقته على أبويه أو غيرهما من أقاربه ولأنه تبع لأبويه فلا يجعل أصلا إذ التبعية دليل العجز والأصالة دليل القدرة وبينهما تناف **فلا يجتمعان** في شخص واحد ولأبي يوسف أن الارتداد من التصرفات الضارة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق وغيرهما مما تمحض ضررا ولهما ما روي عن جابر أنه – عليه الصلاة والسلام – قال «كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه فإذا أعرب عنه لسانه فإما شاكرا وإما كفورا» رواه أحمد وصحح – عليه الصلاة والسلام – إيمان علي – رضي الله عنه – وقد كان آمن صبيا وافتخاره بذلك معروف وكان يقول:

سبقتكم إلى الإسلام طرا ... غلاما ما بلغت أوان حلمي

وسقتكم إلى الإسلام قهرا ... بصارم همتي وسنان عزمي

وذكر أبو جعفر أنه أسلم ابن خمس سنين وذكر القتبي أن عمره كان سبع سنين وعن عروة أنه قال أسلم علي وعمره ثمان سنين أخرجه البخاري ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو التصديق بالجنان والإقرار باللسان وكذا أتى بحقيقة الكفر وهو الجحود

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٣/٢٧٩

والإنكار ولا مرد للحقائق وهذا لأن الإقرار عن طوع دليل الاعتقاد فلا سبيل إلى رده ولا الحجر عنه لأن الحقائق لا يحجر عنها كما لا يحجر في حق سائر أفعاله حتى وجب عليه

ـــــــه يقتل أو يستسلم. اهـ. أتقاني (قوله ولا يقتل) أي كولد المسلم إذا بلغ ولم يصف الإسلام يجبر على الإسلام ولا يقتل كذا هنا. اهـ. أتقاني (قوله ولو ألحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم إلخ) والمعقول أن يقال إن الحكم إذا اقتصر على كل الجنس لم يكن بعض المقادير أحق من بعض فلزم القصر على الأدنى لتيقنه وهو الأب فإذا لم يكن تابعا للجد كان حكمه حكم سائر أهل الحرب إذا أسروا فيسترق أو توضع عليه الجزية اهـ أتقاني (قوله ففي رواية الحسن يكون مسلما) وجه ما روى الحسن أن الجد له حكم الأب في إنكاح الصغير والصغيرة ولهذا لا يكون لهما الخيار بعد البلوغ وكذلك في بيع مال الصغير فكذا في تبعية الإسلام وهذا لأن الولد إنما تبع الأب لأنه يتفرع منه فيتبع الجد تبعا لأنه تفرع، وجه الظاهر مر آنفا. اهـ. أتقاني (قوله والمسائل التي جعل الجد فيها كالأب) قال في الكافي أربع مسائل لم يجعل الجد فيها كالأب في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة جعل الجد فيها كالأب. اهـ. (قوله فهل تجب عليه صدقة فطر الحافد) أي ففي ظاهر الرواية لا يؤدي الجد الفطرة عن ابن ابنه وفي رواية الحسن يؤديها إذا لم يكن لابن الابن مال كالأب لكن إذا كان الأب فقيرا. اهـ. أتقاني

(قوله في المتن وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه) أي فلا يرث أبويه إذا كانا كافرين. اهـ. (قوله وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد) وفي المحيط عن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أن أبا حنيفة رجع إلى قول أبي يوسف. اهـ. كاكي وفي حج غريب الرواية روى الحسن عن زفر في ابن عشر سنين إذا ارتد ثم رمى صيدا أو ذبح أنه يؤكل ولا تصح ردته اهـ فصول اعلم أن الصبي العاقل إذا أسلم يصح إسلامه استحسانا خلافا لزفر والشافعي ذكر الاستحسان فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير والمراد بالصحة ترتيب أحكام الإسلام عليه نحو الإرث من أقاربه المسلمين والحرمان من أقاربه المشركين وحرمة نكاح المشركة في حقه وحل نكاح المؤمنة وبطلان مالية الخمر والخنزير في حقه وعصمة دمه وماله وغير ذلك. اهـ. أتقاني – رحمه الله – (قوله ولهما ما روي عن جابر أنه – عليه الصلاة والسلام – إلخ) ثم لما صح ارتداد الصبي عند أبي حنيفة ومحمد لم يرث أبويه المسلمين لأنه مرتد والمرتد لا يرث أحدا. اهـ. أتقاني – رحمه الله –." (١)

"مخير بين الستر والإظهار ولكن الستر أفضل لما روينا ولقوله – عليه الصلاة والسلام –: «من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة» وفيما نقل من تلقين المقر للدرء عن النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه دلالة ظاهرة على أن الستر أفضل، وإن شاء أظهر؛ لأن فيه حسبة أيضا؛ لأن فيه إزالة الفساد أو تقليله فكان حسنا ولا يلزم على هذا قوله تعالى ﴿إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا﴾ [النور: ١٩] الآية؛ لأن ظاهر الآية والله أعلم يقتضي أنهم يحبون أن تشيع فيهم الفاحشة لأجل أنهم آمنوا وذلك صفة الكافر فلذلك وعدوا بعذاب أليم ولأن مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد لا إشاعتها ولهذا أمر الله تعالى بالإشهاد به بقوله تعالى ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء:

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢٩٢/٣

١٥] فلهذا حسن والأول وهو الستر أحسن لما بينا ولا يلزم عليه قوله تعالى ﴿ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ لأن المراد به حقوق العباد بدليل قوله تعالى ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] أي إذا دعاهم المدعي إذ الحدود ليس لها مدع يدعيها ولأن الحدود حق الله تعالى والله غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده، والعبد محتاج شحيح فلا يقاس أحد الحقين على الآخر قال - رحمه الله - (ويقول في السرقة أخذ لا سرق)؛ لأن الشهادة بالمال واجب إذا طلبه المدعي، والستر في الحد أفضل على ما بينا، وأمكنه الجمع بينهما بإقامة الحقين بقوله أخذ؛ لأنه يحيي به حق المدعي ولا يجب به الحد ولأن القطع متى وجب عليه سقط الضمان إذ **لا يجتمعان** فلا يحصل مقصود المدعي بقوله سرق فيتوقاه مراعاة لحقه إذ هو محتاج إليه وفيه صيانة يد السارق والله غني عن كل شيء فلا ضرورة إلى إقامته

قال - رحمه الله - (وشرط للزنا أربعة رجال) لقوله تعالى ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥] ولقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ [النور: ٤] ولقوله تعالى ﴿لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء﴾ [النور: ١٣] ولقوله - عليه الصلاة والسلام - «ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك» وهذه الألفاظ موضوعة للمذكر دون المؤنث وقد انعقد الإجماع على اشتراط الذكور فيه؛ لأن الله تعالى يحب الستر على عباده وأوعد بالعذاب من أحب إشاعة الفاحشة على المؤمنين بما تلونا وفي اشتراط الأربع مع وصف الذكورة تحقيق معنى الستر إذ وقوف الأربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق وأوجب على من نسب إلى هذه الفاحشة الحد إن كان أجنبيا، واللعان إن كان زوجا كل ذلك يؤكد معنى الستر ويمنع من الإظهار ولا يقال ليس في هذه النصوص إلا بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيه بيان ما يمنع العمل بأقل منه؛ لأنا نقول هو كذلك؛ لأن التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور ولكن لا يوجبه أيضا فمن ادعى جواز ما دونه يحتاج إلى دليل كما أن النافي للحكم عند انتفائه لا ينفيه إلا لعدم دليل يقتضيه إذ لا يثبت الحكم الشرعي بغير دليل وقد وجد الدليل على انتفائه عند انتفاء العدد المذكور هنا وهو إجماع الصحابة ومن بعدهم إلى يومنا هذا أن الشهود على الزنا إذا نقص عددهم عن الأربعة يجب عليهم الحد لكونهم قذفة.

ألا ترى أن عمر - رضي الله تعالى عنه - حد الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بالزنا ولو كان الزنا يثبت بما دونه لما وجب عليهم الحد بل كان يجب على المنسوب إلى الزنا ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم التساوي ولوجود النص في الفرع وشرط القياس المساواة بين الأصل، والفرع وأن لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به قال - رحمه الله - (ولبقية الحدود، والقصاص رجلان) لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود، والقصاص وقال تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢] ولأن شهادة النساء فيها شبهة البدلية؛ لأن كل ثنتين منهن قائمة مقام رجل فلا يقبل فيما يدرأ بالشبهات كما لا يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي، وإنما كانت فيها شبهة البدلية لا حقيقتها؛ لأن البدل الحقيقي لا يصار إليه مع القدرة على الأصل غالبا وشهادة امرأتين مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى ﴿فإن لم يكونا رجلين﴾ [البقرة: ٢٨٢] قالوا: إن لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود

ـــــــQقوله ولقوله – عليه السلام –) أي من رواية أبي هريرة. اهـ. كمال (قوله: من ستر على مسلم ستر) الذي في الفتح ستره الله وكتب أيضا قوله ولقوله – صلى الله عليه وسلم – من ستر إلخ رواه البخاري ومسلم. اهـ. فتح (قوله، وإن شاء أظهر؛ لأن فيه حسبة أيضا) قال في الهداية والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد في الستر والإظهار؛ لأنه بين حسبتين إقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر أفضل اهـ قال الكاكي والحسبة ما ينتظر به الأجر في الآخرة وفي الصحاح احتسب بكذا أجرا عند الله تعالى والاسم الحسبة بالكسر وهي الأجر والجمع الحسب. اهـ. (قوله: والأول وهو الستر أحسن لما بينا) قال الأتقاني، فإن قلت كيف كان الستر أفضل مع تنصيص قوله تعالى ﴿ولا تكتموا الشهادة﴾ [البقرة: ٢٨٣] قلت الآية نزلت في المداينة في حقوق العباد لا في الحدود بدلالة الأحاديث التي رويناها آنفا. اهـ. (قوله وأمكنه الجمع بينهما بإقامة الحقين بقوله أخذ) أي فإن الأخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا يستلزم الشهادة بالأخذ مطلقا ثبوت الحد بها. اهـ. كمال

[شروط الشهود في الزنا]

(قوله وشرط القياس المساواة بين الأصل والفرع) أي؛ لأن الزنا أعظم الجرائم ولهذا شرع فيه الرجم فلا يقاس على غيره اهـ من خطه.

(قوله: في المتن ولبقية الحدود والقصاص رجلان) ولا تقبل فيها شهادة النساء. اهـ. (قوله والخليفتين من بعده) وتخصيص الخليفتين يعني أبا بكر وعمر – رضي الله عنهما –؛ لأنهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الأحكام." (١)

"والأنوثة؛ لأنهما **لا يجتمعان** في بقرة واحدة.

وكذا الوقوف على تلك الصفة يكون بالقرب فلا يشتبه فيكونان سرقتين مختلفتين فلم يتم في كل واحد منهما نصاب الشهادة وبخلاف الغصب؛ لأن التحمل فيه بالنهار؛ لأن الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالبا فلا يشتبه عليه الحال فتكون الشهادة على تحقيق وتأمل لتمكنه من ذلك فلا يشتبه عليه، فإن قيل في التوفيق احتيال لإيجاب الحد وهو يحتال لدرئه لا لإيجابه قلنا القطع لا يضاف إلى إثبات الوصف؛ لأنهما لم يكلفا نقله على ما بينا وما يوجب الدرء يكون في نفس الموجب لا في غيره، فإن قيل على هذا تكون البقرة المسروقة بلقاء، والمشهود بسرقتها إما بيضاء أو سوداء ولم يقل واحد منهما: إنها بلقاء فتكون غيرها ضرورة قلنا نعم ولكن ذلك في حق من يعرف اللونين أما في حق من لا يعرف إلا أحدهما فهي عنده على ذلك اللون فسماها بيضاء أو سوداء بناء على ما شاهد من مواضعها وهذا الخلاف فيما إذا كان المدعي يدعي بقرة مطلقا من غير تقييد بوصف

وأما إذا ادعى سرقة بقرة سوداء أو بيضاء لا تقبل شهادتهما بالإجماع؛ لأن المدعي كذب أحدهما وقيل هذا في لونين متشابهين كالسواد، والحمرة، وأما في لونين غير متشابهين كالسواد، والبياض لا تقبل الشهادة، والأصح أن الكل على الخلاف ذكره في المبسوط وعلى هذا الخلاف فيما إذا اختلفا في ثوب بأن قال أحدهما هروي وقال الآخر مروي، وإن

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢٠٨/٤

اختلفا في الزمان أو المكان لن تقبل الشهادة وقد بيناه من قبل

قال – رحمه الله – (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة بطلت الشهادة)؛ لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد فالبيع بألف غير البيع بألف وخمسمائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه، وكذا إذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين أن يكون المدعى أقل المالين أو أكثرهما لما بينا من أن المقصود إثبات السبب على معنى أنه الأصل، والحكم يثبت تبعا لثبوته، وإن كان الحكم هو المقصود حقيقة في حق الانتفاع، والسبب وسيلة إليه لكن مقصوده وهو الحكم لا يحصل إلا به فكان في إثباته إثبات الحكم إذ لا يمكن إثبات الحكم إلا بسبب معين وذكر علاء الدين السمرقندي – رحمه الله – أن الشهادة تقبل؛ لأن التوفيق ممكن؛ لأن الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يشتريه بألف ثم يزيده عليه خمسمائة فقد اتفقا على شراء واحد، ولو اختلفا في الجنس بأن شهد أحدهما بأنه اشتراه بألف درهم وشهد الآخر أنه اشتراه بمائة دينار بطلت لعدم إمكان التوفيق؛ لأن الشراء الواحد لا يتصور أن يكون بألف درهم ثم يصير بمائة دينار قال – رحمه الله – (وكذا الكتابة، والخلع) أي إذا اختلفا في مقدار البدل فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا أن المقصود إثبات السبب وهذا إذا كان المدعي هو العبد فظاهر؛ لأنه يدعي السبب ليحصل له مقصوده وهو العتق بالأداء فصار نظير الشراء، وإن كان المدعي هو المولى فكذلك؛ لأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكان

ـــــــــــــــQفي نفس الشهادة. اهـ. (قوله: ذكره في المبسوط) أي قاضي خان في شرح الجامع الصغير. اهـ. أتقاني

(قوله: في المتن ومن شهد لرجل إلخ) قال الأتقاني وهذه ثمانية مسائل البيع والإجارة والكتابة والخلع والعتق على مال والصلح عن دم العمد والنكاح والرهن ثم كل واحد منها على وجهين إما أن يدعي هذا وينكر الآخر أو يدعي الآخر وينكر هذا اهـ وقد ذكرها صاحب الهداية وذكر في الكنز منها أربعة: البيع والكتابة والخلع والنكاح وذكر الشارح – رحمه الله – الأربعة الباقية اهـ وكتب ما نصه قال الأتقاني وكان الأنسب للوضع أن يذكر هذه المسألة بعد قوله: وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف؛ لأن تلك المسألة في دعوى المال وهذه في دعوى العقد اهـ وكتب أيضا ما نصه قوله ومن شهد لرجل إلخ قال الكمال صورتها على ما في الجامع في الرجل يدعي على رجل أنه باعه هذا العبد بألف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بألف وشاهدا بألف وخمسمائة قال يعني أبا حنيفة هذا باطل إلى آخر ما هناك فقد يظن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين إذا اختلفا فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفا وخمسمائة قضى بالألف بالاتفاق بين الثلاثة وهنا لا يقبل شيء ولو كان المدعي يدعي ألفا وخمسمائة بيانه هو أن ذاك فيما إذا ادعى دينا فقط.

والمقصود هنا دعوى العقد ألا ترى إلى قوله في الجامع فينكر البائع البيع ولأنه لو كان المقصود الدين لم يحتج إلى ذكر السبب، وإن كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن؛ لأن الثمن من أركانه والمركب الذي بعض أجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه ولم يتم على أحدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلا. اهـ. فتح (قوله: وكذا إذا كان

المدعي هو البائع) بأن ادعى أنه باعه بألف وخمسمائة فأنكر المشتري الشراء فأقام الشاهدين كذلك اهـ فتح (قوله: ولا فرق بين أن يكون المدعى أقل المالين أو أكثرهما) ولا فرق بين أن يكون المدعي هو البائع أو المشتري اهـ قارئ الهداية (قوله لما بينا) أي من اختلافهما في المشهود به والتكذيب من المدعي. اهـ. فتح (قوله: وذكر علاء الدين السمرقندي أن الشهادة تقبل) قال الكمال وفي الفوائد الظهيرية عن السيد الإمام الشهيد السمرقندي تقبل إلخ. اهـ. (قوله ثم يصير بمائة دينار) قال الكمال وقال بعض المحققين من الشارحين فيه نوع تأمل. اهـ. (قوله، وإن كان المدعي هو المولى فكذلك)؛ لأن دعوى السيد لمال على عبده لا يصح إذ لا دين له على عبده إلا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف إنكار العبد إليه للعلم بأنه لا يتصور له عليه دين إلا به." (١)

"وإلا فسخنا البيع عليك تحالفا وإنما يقول له ذلك لأن المقصود قطع المنازعة وهذا طريق فيه فلعلهما يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به إذا علما ذلك

قال – رحمه الله – (وبدئ بيمين المشتري) وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وأبي يوسف آخرا ورواية عن أبي حنيفة – رحمه الله – وهو الصحيح لأن المشتري أشدهما إنكارا إذ هو المطالب بالثمن أولا فينكر عند المطالبة فيكون بادئا بالإنكار وعند نكوله يطالب بالثمن كما نكل من غير تأخر فيتعجل به فائدة اليمين وهو الإقرار أو البذل عند النكول وبنكول البائع تتأخر الفائدة لأن تسليم المبيع يتأخر إلى زمان تسليم الثمن لأنه يمسك المبيع حتى يستوفي الثمن فكان ما يتعجل به فائدته أولى وعن أبي يوسف أنه يبدأ بيمين البائع لقوله – عليه الصلاة والسلام – «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع» خصه بالذكر فكان ينبغي أن يكتفي بيمينه فإن تقاصر عن إفادته فلا يتقاصر عن إفادة التقديم وقيل يقرع بينهما في البداءة هذا إذا باع سلعة بثمن وإن باع ثمنا بثمن أو سلعة بسلعة بدأ القاضي بأيهما شاء لاستوائهما في فائدة النكول

قال – رحمه الله – (وفسخ القاضي بطلب أحدهما) لقوله – عليه الصلاة والسلام – «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا» ولأنهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بثمن مجهول أو بلا بدل فيفسخ لأن البيع بلا ثمن أو بثمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح الأول بدليل ما ذكره في المبسوط أن وطء الجارية المبيعة يحل بعد التحالف قبل فسخ القاضي المبيع بينهما ولو كان ينفسخ لما حل وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع وذكر في الزيادات أنه يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف بضم الإثبات إلى النفي تأكيدا والأصح الاقتصار على النفي

ـــــــQقوله وإلا فسخنا البيع عليك) فيغال في الاختلاف في الثمن للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع وإلا فسخنا وفي صورة الاختلاف في المبيع يقال للبائع إما أن تسلم ما ادعاه المشتري وإلا فسخنا وفي صورة ما إذا اختلفا فيهما

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٤/٢٣٤

يقال لكل واحد منهما ما ذكر له. اهـ.

(قوله في المتن وبدئ بيمين المشتري) هذا إذا اختلفا في الثمن أما إذا اختلفا في المبيع بدئ بيمين البائع يدل عليه ما سيذكره في الاختلاف في الإجارة. اهـ. (قوله وهو قول محمد وزفر) قال الأتقاني وعند زفر يبدأ بيمين البائع كقول أبي يوسف أولا كذا في التقريب. اهـ. (قوله وعن أبي يوسف – رحمه الله – أنه يبدأ بيمين البائع) قال الأتقاني وجه قول زفر هو قول أبي يوسف أولا قوله – عليه الصلاة والسلام – «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع» ولأن المبيع مستحق على البائع وهلاكه يوجب فساد العقد وله أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكان تقديم من في حبسه المبيع أولى. اهـ. غاية وكتب ما نصه قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف وقد ذكر في هذا الكتاب رواية أخرى عن أبي يوسف في كتاب الاستحلاف وهي أن المشتري إن كان ابتدأ بالخصومة وادعى على البائع ابتدئ بيمين البائع وإن كان البائع ابتدأ بالدعوى ابتدئ بيمين المشتري. اهـ. غاية (قوله لاستوائهما في فائدة النكول) أي لأن كل واحد منهما إذا نكل لا يلزم تسليم شيء في الحال. اهـ. غاية

(قوله في المتن وفسخ القاضي إلخ) قال شمس الأئمة في شرح أدب القاضي في باب اليمين وإن حلفا جميعا انتفى الثمنان فبقي بيعا بلا ثمن فيفسد فينقض العقد فيما بينهما وإنما ينقض القاضي فيما بينهما إذا طلبا أو طلب أحدهما من القاضي النقض فإما بدون الطلب لا ينقض وفرق بين هذا وبين اللعان وهو أن الزوجين إذا فرغا من اللعان فإن القاضي يفرق بينهما سواء طلبا من القاضي أو لم يطلبا لأن حرمة المحل قد ثبتت شرعا على ما قال – عليه الصلاة والسلام – «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا» وهذه الحرمة حق الشرع فلا يحتاج فيه إلى طلب العبد وأما العقد وفسخ العقد حقهما فشرط طلب العبد لهذا وقال الإمام الناصحي في تهذيب أدب القاضي وإن حلفا لم ينقض القاضي البيع بينهما حتى يطلبا ذلك أو يطلب أحدهما لأن الفسخ حق لهما بدليل ما روي «عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال تحالفا وترادا» اهـ
(قوله في المتن بطلب أحدهما) يعني إذا استحلف الحاكم كل واحد منهما فحلفا فسخ البيع بينهما اهـ وكتب على قوله بطلب أحدهما ما نصه حتى لو رضيا بترك الدعوى لا يفسخ. اهـ. (قوله أو بثمن مجهول فاسد) أي والعقد الفاسد لا بد له من الفسخ. اهـ. غاية (قوله وقيل ينفسخ بنفس التحالف) لم يتعرض الشارح – رحمه الله – لتعليل اشتراط طلب أحدهما الفسخ مع أن رفع الفساد واجب عليه وإن لم يطلبه أحد ووجه اشتراطه أن الفساد هنا وقع بعد صحة البيع بخلاف البيوع الفاسدة لأنها وقعت فاسدة ابتداء. اهـ. (قوله وصفة اليمين إلخ) قال الأتقاني وأما صفة التحالف فقد ذكر في الأصل أن كل واحد منهما يحلف على دعوى الآخر وهذا يقتضي أن يحلف البائع بالله ما باعه بمائة ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بمائتين. اهـ. (قوله والأصح الاقتصار إلخ) قال الأتقاني وما ذكر في الأصل موضوع اليمين لأنها لا تقع عندنا إلا بالنفي فلو جمعنا بين الأمرين لتضمنت الإثبات والنفي وهذا لا يصح ووجه ما ذكر في الزيادات أن الجمع بين الأمرين تأكيد للنفي وليس بممتنع أن يكون اليمين موضوعها النفي ويضم إليها الإثبات على طريق التأكيد فيقول الشاهد أشهد أن فلانا مات

وهذا وارثه ولا وارث له غيره وقال في شرح الأقطع جوابا عن الحديث الذي رواه زفر وإنما خص البائع بالذكر لأن يمين المشتري معلومة لا يشكل لقوله – عليه الصلاة والسلام – «واليمين على من أنكر»." [١]

"أبلغ في الحفظ فكان التقييد مفيدا، وإن لم يكن له منه بد لا يضمن.

قال – رحمه الله – (، ولو أودعا شيئا لم يدفع المودع إلى أحدهما حظه) أي لو أودع رجلان شيئا عند رجل فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر، وهذا عند أبي حنيفة – رحمه الله –، وهو مروي عن علي – رضي الله تعالى عنه – وقالا له ذلك والخلاف في ذوات الأمثال وفي غيره ليس له ذلك بالإجماع لهما أن الحاضر طلب نصيبه خاصة فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك، وهذا؛ لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه، وهو النصف وهو له؛ ولهذا كان له أن يأخذه إذا ظفر به فكذا يؤمر المودع بالتسليم إليه ولأبي حنيفة – رحمه الله – ما روينا عن علي – رضي الله تعالى عنه –؛ ولأن المودع لا يملك القسمة بينهما؛ ولهذا لو دفع إليه نصفه لا يكون قسمة بالإجماع حتى إذا هلك الباقي رجع صاحبه على الآخذ بحصته بالإجماع فإذا لم يقع قسمة لا يجوز له أن يدفع نصيب الغائب إليه لعدم إذنه بذلك فيكون متعديا بالدفع فيضمن نصفه بخلاف الدين المشترك؛ لأنه لا يطالبه بتسليم حقه؛ لأن الديون تقضى بأمثالها وأخذه الشريك عند الظفر به لا يدل على أن المودع يؤمر بالدفع، ألا ترى أن رجلا إذا كان له على إنسان ألف درهم دين وللمدين ألف درهم وديعة عند آخر فلغريمه أن يأخذ الوديعة إذا ظفر بها وليس للمودع أن يدفع إليه ولا يؤمر بذلك وروي أن رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمامي ألفا فخرج أحدهما فطلبه منه فأعطاه، ثم خرج الآخر وطالبه فتحير الحمامي وذهب إلى أبي حنيفة – رحمه الله – فقال له قل لا أعطيك حتى تحضر صاحبك فانقطع.

قال – رحمه الله – (، وإن أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه، ولو دفع إلى الآخر ضمن بخلاف ما لا يقسم)، وهذا عند أبي حنيفة – رحمه الله –، وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر وقالا لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين؛ لأن المودع رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمن كما فيما لا يقسم ولأبي حنيفة – رحمه الله –، وهو أقيس أن المالك رضي بحفظهما لا بحفظ أحدهما ورضاه بأمانة الاثنين لا يكون رضا بأمانة الواحد وهذا؛ لأن الأصل أن فعل الاثنين إذا أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض لا الكل فإذا سلم الكل إلى الآخر ولم يرض المالك به ضمن ولا يضمن القابض؛ لأن مودع المودع لا يضمن عنده، وأما فيما لا يقسم فالمالك رضي بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد في الكل؛ لأنه لما أودعهما مع علمه بأنهما لا يجتمعان على حفظه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة صار راضيا بحفظ كل واحد منهما بجميعه على الانفراد.

قال – رحمه الله –

ـــــــQقوله والخلاف في ذوات الأمثال) قال صاحب الهداية والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٤/٣٠٥

أي في مختصر القدوري وإنما قال وهو المراد؛ لأن كلام القدوري بإطلاقه يشمل ما يقسم وما لا يقسم فكان محتملا للوجهين فقال المراد منه ما يقسم استدلالا بوضع الجامع الصغير؛ لأن محمدا قال في ثلاثة نفر أودعوا رجلا ألف درهم فغاب اثنان وجاء واحد يريد أن يأخذ نصيبه إلى هنا لفظ الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع وكذا الخلاف في كل الأموال التي تحتمل القسمة وكذلك وضع المسألة في مختصر الطحاوي حيث قال ومن استودعه ثلاثة نفر من الدراهم أو ما سواها مما يقسم ثم جاء أحدهم يطلب نصيبه ولم يحضر صاحباه لم يكن عليه أن يعطيه منها شيئا، وهذا قول أبي حنيفة وبه نأخذ
وقال أبو يوسف ومحمد عليه أن يعطيه ثلثها إلى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقال الإمام الإسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي وقال صاحباه يدفع نصيبه إليه ولا يكون هذا قسمة على الغائب حتى إن الغائب لو هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض، ولو هلك المقبوض في يد القابض فليس له أن يشارك القابض فيما قبض (قوله وفي غيره ليس له ذلك بالإجماع) قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير، وإن كانت الوديعة عرضا فالصحيح أنه لا يكون للحاضر أن يأخذ نصيبه في قولهم جميعا. اهـ. أتقاني (قوله ثم خرج الآخر وطالبه) أي وقال إنا دفعناه إليك وقد ضيعت حقي بالدفع إليه وحده اهـ أتقاني
(قوله فقال له قل لا أعطيك حتى تحضر صاحبك) أي لأنكما دفعتماه إلي. اهـ.

(قوله في المتن، وإن أودع رجل عند رجلين إلخ) هذه المسألة عكس التي قبلها؛ لأن في هذه المودع واحد والمودع متعدد والمتقدمة بالعكس. اهـ. (قوله، ولو دفع إلى الآخر ضمن) أي ضمن الدافع النصف ولا يضمن القابض كما سيجيء اهـ وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وإذا أودع رجل رجلين مالا قال يأخذ كل واحد منهما نصفه يعني يقتسمانه قال فإن دفع أحدهما المال كله إلى صاحبه فتوى المال قال يضمن في قول أبي حنيفة الذي دفع النصف ولا يضمن في قول أبي يوسف ومحمد شيئا قال محمد إن أبا حنيفة قال ذلك فيما تستطاع قسمته فأما ما لا تستطاع قسمته نحو المملوك والثوب فإذا دفع أحد المستودعين ذلك إلى صاحبه لم يضمن. اهـ. أتقاني
(قوله إذا سلم أحدهما إلى الآخر) أي فضاع ضمن النصف. اهـ. أتقاني (قوله في الوجهين) أي فيما يقسم وما لا يقسم. اهـ. (قوله؛ لأن المودع رضي بأمانتهما) أي فكان دفع كل واحد منهما دفعا إلى أمين المالك. اهـ. أتقاني (قوله على الانفراد) أي على سبيل المهايأة اهـ وكتب ما نصه قال في قسم المبسوط من الشامل لو أودع رجلين عبدا فتهايآ على أن يكون عند أحدهما شهرا وعند الآخر شهرا لم يضمنا؛ لأنه لا يمكن الحفظ معا فجاز." (١)

"ببغداد فلم يجد فلانا وعاد فله الأجر؛ لأن الأجر بقطع المسافة؛ لأنه في وسعه، وأما الإسماع فليس في وسعه فلا يقابله الأجر والله سبحانه وتعالى أعلم.

(باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها) قال – رحمه الله – (صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها)

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٥/٨٠

والقياس أن لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها؛ لأن الدار تصلح للسكنى ولغيرها، وكذا الحوانيت تصلح لأشياء مختلفة فينبغي أن لا تجوز ما لم يبين ما يعمل فيها كاستئجار الأرض للزراعة والثياب للبس، وجه الاستحسان لأن العمل المتعارف فيها السكنى، ولهذا تسمى مسكنا فينصرف إليها؛ لأن المتعارف كالمشروط ولأنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز إجارتها مطلقا بخلاف الأرض والثياب فإنهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس فلا بد من البيان. قال – رحمه الله – (وله أن يعمل فيها كل شيء) لما ذكرنا أنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز له أن يعمل فيها ما شاء عند الإطلاق وله أن يسكن غيره معه أو منفردا؛ لأن كثرة السكان لا تضر بها بل تزيد في عمارتها؛ لأن خراب المسكن بترك السكن وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان؛ لأنه من تمام السكنى وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب؛ لأن ذلك كله من توابع السكنى وبه تتم السكنى وذكر في النهاية أنه لا يدخل الدواب في عرفنا؛ لأن المنازل ببخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لإدخال الدواب، وإنما هذا الجواب بناء على عرفهم في الكوفة.
قال – رحمه الله – (إلا أنه لا يسكن حدادا أو قصارا أو طحانا) لأن في نصب الرحا واستعمالها في هذه الأشياء ضررا ظاهرا؛ لأنها توهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة والمراد بالرحا رحا الماء أو رحا الثور، وأما رحا اليد فلا يمنع من النصب فيها؛ لأن هذا لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى عادة فلا بد منه وعلى هذا له تكسير الحطب المعتاد للطبخ ونحوه؛ لأنه لا يوهن البناء وإن زاد على العادة بحيث يوهن البناء فليس له ذلك إلا برضا صاحب الدار، وعلى هذا ينبغي أن يكون الدق على هذا التفصيل فإن القليل منه لا يستغنى عنه وقد جرت العادة بأن يدق أهل كل دار ثيابهم في منازلهم ولا يوهن ذلك القدر منه البناء فحاصله أن كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها إلا بإذن صاحبها وكل ما لا ضرر فيه جار له بمطلق العقد واستحقه به، ولو قعد الحداد وانهدم البناء بعمله وجب عليه الضمان؛ لأنه متعد فيها ولا أجر عليه؛ لأن الضمان والأجر **لا يجتمعان** وإن لم ينهدم وجب عليه الأجر استحسانا والقياس أن لا يجب؛ لأن هذا العمل غير داخل تحت العقد والحال فيه قبل العقد وبعده سواء، وجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة وأخواتها السكنى وزيادة فيكون مستوفيا للمعقود عليه فيجب عليه الأجر بشرط السلامة وهو نظير
ـــــــQالأتقاني ولو استأجره ليبلغ رسالته إلى فلان بالبصرة فذهب الرجل فلم يجد المرسل إليه أو وجده لكن لم يبلغ الرسالة فرجع فله الأجر والفرق بين الرسالة والكتاب أن الرسالة قد تكون سرا لا يرضى المرسل بأن يطلع عليه غيره أما الكتاب فمختوم يعني لو ترك الكتاب مختوما لا يطلع عليه غيره قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني لا نسلم هذا الفصل فالرسالة والكتاب سواء فأما في الطعام إذا رجع بالطعام وهلك في الطريق لا يضمن عند أصحابنا الثلاثة كذا في الخلاصة. اهـ.

[باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها]
(باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها) (قوله ولغيرها) أي كوضع الأمتعة اهـ (قوله وكسر الحطب) سيأتي بعد أسطر. اهـ. (قوله وإنما هذا الجواب بناء على عرفهم إلخ) قال الأتقاني فإن كان في الدار موضع معد لربط الدواب كان له ذلك وإلا فلا؛ لأنه يؤدي إلى إفساد الدار إذ ربط الدواب في موضع السكنى إفساد. اهـ. (قوله في المتن يسكن) بفتح الياء من الثلاثي المجرد فيكون على هذا انتصاب قوله حدادا أو قصارا أو طحانا على الحال ويفهم على هذا التقدير عدم إسكانه

غيره بطريق الدلالة ويجوز بضم الياء وكسر الكاف وانتصاب كل منها على أنه مفعول به فعلى هذا التقدير يفهم عدم سكناه بنفسه بطريق الإشارة؛ لأنه إنما لم يجز أن يسكن غيره؛ لأنه يوهن البناء وفي سكنى نفسه متلبسا بهذه الأشياء وهذا المعنى حاصل فكان في منعه عن إسكانه غير إشارة إلى منعه عن سكناه والله أعلم وإنما قلنا إن الأول دلالة؛ لأنه لما لم يملك السكنى بنفسه فلأن لا يملكها غيره بالطريق الأولى قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي، وإذا استأجر بيتا على أن يقعد فيه قصارا فأراد أن يقعد فيه حدادا فله ذلك إن كان مضرتهما واحدة أو مضرة الحداد أقل؛ لأنه لا يلحقه منه ضرر زائد فكان له ذلك، وإن كان أكثر مضرة لم يكن له ذلك لتحقق الضرر، وكذلك الرحى، والمسلم والحربي والمستأمن والحر والمملوك التاجر والمكاتب كلهم سواء في الإجارة؛ لأنه عقد يتوصل به إلى إقامة المصالح الدنيوية وكل واحد من هؤلاء يملك إقامة مصالح دنياه ولأنه نوع تجارة وكل واحد منهم يملك التجارة. اهـ. أتقاني – رحمه الله – (قوله فلا بد منه) وفي الذخيرة ورحى اليد إذا كان يضر بالبناء يمنع عنه وإلا لا هكذا اختاره الحلواني وعليه الفتوى. اهـ. كاكي (قوله لأن الضمان والأجر **لا يجتمعان**) وإنما كان كذلك؛ لأنا جعلنا فعله إتلافا من الابتداء والإتلاف لا يقابل بالأجر. اهـ. أتقاني." (١)

"في كل واحد منهما ضرر فوق ضرر الآخر من وجه لا يستفاد من الإذن في أحدهما الإذن في الآخر وإن كان هو أخف ضررا من وجه آخر

قال – رحمه الله – (وإن عطبت بالإرداف ضمن النصف) ولا معتبر بالثقل؛ لأن الدابة قد يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فتعلق الحكم بالعدد كالجناة في باب الجنايات هذا إذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل الاثنين وإن كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها ذكره في الكافي قالوا هذا إذا كان الرديف يستمسك بنفسه، وأما إذا كان صغيرا لا يستمسك بنفسه يضمن بقدر ثقله، وقال في النهاية، وقوله عطبت بالإرداف تقييده به احترازا عما إذا حمله الراكب على عاتقه فإنه يضمن جميع القيمة؛ لأن ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق على الدابة ذكره في النهاية، وقال يضمن جميع القيمة وإن كانت الدابة تطيق حملهما، ثم ذكر في المختصر أنه يضمن نصف القيمة ولم يذكر كم يجب عليه من الأجر قال في النهاية وفي المحيط إنه يجب عليه جميع الأجرة إذا هلكت بعد ما بلغت مقصده ونصف القيمة، ثم للمالك الخيار إن شاء ضمن الرديف وإن شاء الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع إن كان مستأجرا وإلا فلا

. قال – رحمه الله – (وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد) أي

ــــــــQقوله في المتن وإن عطبت بالإرداف ضمن النصف) أي سواء كان أخف أو أثقل. اهـ. أتقاني فإن قيل ينبغي أن يضمن كل القيمة؛ لأنه كما لو استأجرها ليركبها بنفسه وفي مثله لو أركب غيره يجب عليه ضمان كل القيمة وها هنا وجد إركاب الغير مع ركوب نفسه فركوبه بنفسه إن لم يوجب عليه زيادة ضمان على ضمان الإركاب ينبغي أن لا يوجب نقصان

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١١٣/٥

ضمان منه، وكذا ينبغي أن لا يجب عليه الأجر؛ لأن الأجر مع الضمان **لا يجتمعان** وها هنا يجب عليه نصف الضمان فينبغي أن لا يجب عليه نصف الأجر قلنا إنما ينتفي الأجر عند وجود الضمان إذا ملكه بالضمان بطريق الغصب؛ لأنه لا أجر في ملكه وها هنا لم يملك بهذا الضمان شيئا مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وإنما يضمن ما شغله غيره ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه لما بينا أن الضرر في الدابة ليس من قبيل ثقل الراكب وخفته فلهذا توزع الضمان نصفين وهذا هو الجواب عما سأل بقوله فإن قيل قد تقرر عليه ضمان نصف القيمة، وقد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي أن لا يلزمه نصف الأجر، والجواب عن قوله وفي مثله لو أركب غيره يجب ضمان كل القيمة أنه إذا أركب غيره فهو مخالف في الكل، وإذا ركبها بنفسه فهو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره. اهـ. دراية

(قوله لأن الدابة لا تتلف بالثقل) بل بالجهل بالركوب. اهـ. غاية (قوله فتعلق الحكم بالعدد) أي عدد الراكب اهـ وكتب ما نصه إلا أن ركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر ليس بمأذون فيه فيضمن النصف. اهـ. أتقاني وكتب أيضا ما نصه قال الولوالجي بخلاف ما إذا حمل مع نفسه متاعا فهلكت فإنه يضمن بقدر ما زاد من الثقل وذلك؛ لأن المعتبر في الأمتعة الثقل فيضمن بقدر ما زاد من الثقل وليس تفسير ذلك أن يوزن الرجل والمحمول حتى يعرف قدر ما زاد على ركوبه؛ لأن الرجال لا تعرف بالقبان وإنما يعرف بالرجوع إلى أهل المعرفة في هذا الباب فيسألون أن هذا الحمل بأي قدر يزيد على ركوبه في الثقل لكن هذا إذا لم يركب على الحمل فأما إذا ركب على الحمل يضمن جميع القيمة؛ لأنه يجتمع ثقل الحمل والراكب في مكان واحد فيصير أدق للدابة اهـ

(قوله كالجناة في باب الجنايات) الجناة جمع الجاني كالبغاة جمع الباغي والقضاة جمع القاضي اهـ وكتب ما نصه قال الأتقاني فيعتبر عدد الراكب ولا يعتبر الثقل والخفة كما لا يعتبر في الجراحة كثرتها وقلتها بل يعتبر عدد الجناة حتى إذا جرح أحدهما جراحة واحدة والآخر سبع جراحات كان الضمان عليهما أنصافا اهـ يعني إذا جرح واحد إنسانا جراحة واحدة خطأ والآخر جراحتين أو أكثر خطأ فمات المجروح من ذلك فالدية عليهما أنصافا فكذلك هنا يعتبر عدد من ركب لا الثقل. اهـ. أتقاني (قوله ضمن جميع قيمتها) لأنه تعمد إتلافها اهـ ولا أجر عليه. اهـ. أتقاني (قوله ذكره في الكافي) أي، وكذا ذكره في البدائع اهـ

(قوله إذا هلكت بعد ما بلغت مقصده) أي لما بينا أنه وجب مقابلا بالمنافع، وقد حصلت مستوفاة اهـ ق (قوله ثم للمالك الخيار إلخ) عزاه الأتقاني للذخيرة اهـ وكتب على قوله ثم للمالك الخيار ما نصه في التضمين. اهـ. أتقاني وكتب أيضا ما نصه وهذا إذا أردفه حتى صار الأجنبي كالتابع له فأما إذا أقعده في السرج صار غاصبا ولم يجب عليه شيء من الأجر؛ لأنه رفع يده عن الدابة وأوقعها في يد متعدية فصار ضامنا والأجر لا يجامع الضمان إلى هنا لفظ شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي. اهـ ق. (قوله وإن شاء الراكب) أي وهو المستأجر اهـ (قوله والرديف يرجع) أي على الراكب اهـ (قوله وإلا) أي بأن كان مستعيرا اهـ.

(قوله في المتن وبالزيادة إلخ) قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي – رحمه الله – في شرح الكافي الذي هو مبسوطه فإذا استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة له فله أن يحمل عليها مثل ذلك من حنطة غيره؛ لأن هذا لا يتفاوت في

حق الحمل وإن حمل عليها أحد عشر مختوما من حنطة فبلغت المكان الذي سماه، ثم عطبت من ذلك فعليه الكراء كاملا وعليه جزء من أحد عشر جزءا من قيمة الدابة بقدر ما زاد عليها؛ لأن التلف حصل بفعل الكل وبعضه مأذون وبعضه غير مأذون فيسقط حصة الحمل المأذون ويجب حصة الباقي ولأن كل جزء." (١)

"وإنما ضمن فيما إذا حمله في البحر؛ لأن التفاوت فيه فاحش، ولهذا ليس للمودع أن يسافر الوديعة في البحر، ولو سلم يجب المسمى استحسانا لحصول المقصود وارتفاع الخلاف.

قال – رحمه الله – (وبزرع رطبة وأذن بالبر ما نقص) أي إذا أذن له أن يزرع الأرض حنطة يجب عليه ضمان نقصان الأرض بزرع الرطبة؛ لأن الرطبة أكثر ضررا بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان بخلاف ما إذا استأجر دابة للركوب أو للحمل فأردف معه غيره أو زاد على المحمول على قدر المسمى حيث يجب عليه من الضمان بحسابه؛ لأنها تلفت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه فيجب عليه بقدر ما تعدى وهذا؛ لأنه استوفى المشروط وزاد فيجب عليه بسبب الزيادة الضمان وهنا لا يمكن أن يجعل مستوفيا لمنفعة الأرض بقدر زراعة الحنطة، ثم زاد عليه؛ لأن الجنس مختلف، وإنما يعتبر ذلك عند اتحاد الجنس. ألا ترى أنه لو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديدا أو ملحا مثل وزنه يضمن كل القيمة لما قلنا وهو نظيره. قال – رحمه الله – (ولا أجر) أي لا يجب الأجر؛ لأنه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب ولا تجب الأجرة به، وإنما تجب بالاستيفاء بعقد الإجارة وهما **لا يجتمعان** لاستحالة أن يكون الشيء الواحد مأذونا فيه وغير مأذون فيه، ولهذا لا يجتمع الضمان والأجرة وإن زرع فيها ما هو أقل ضررا من الحنطة لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الأجر؛ لأنه خلاف إلى خير فلا يصير به غاصبا.

قال – رحمه الله – (وبخياطة قباء وأمر بقميص قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجر مثله) معناه إذا أمره أن يخيط له ثوبه قميصا يجب عليه ضمان قيمته إذا خاطه قباء وإن شاء أخذ القباء ودفع له أجر مثله قيل أراد بالقباء القرطق وهو الذي يلبسه الأتراك مكان القميص وهو ذو طاق واحد، وقال ظهير الدين القميص إذا قد من قبل كان قباء طاق، وقباء طاق إذا خيط جانباه كان قميصا وهو المراد بالقرطق؛ لأنه يستعمل استعمال القميص والقباء فيثبت له الخيار وفي غيره لا يثبت له الخيار بل يضمنه القيمة حتما وقيل الجواب مجرى على إطلاقه في الكل وإطلاقه يدا على ذلك وجهه أن القباء والقميص متقاربان في المنفعة وأجزاؤهما واحد وهي الكم والذيل والدخريص وعن أبي حنيفة – رحمه الله – أنه لا خيار لرب الثوب في الكل بل يضمنه قيمة الثوب رواه الحسن عنه؛ لأن القباء جنس آخر غير جنس القميص فصار مخالفا من كل وجه فبقي غاصبا محضا ووجه الظاهر أنه قميص من وجه؛ لأنه يمكنه سده والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث التقطيع والقالب فيميل إلى أيهما شاء فإن مال إلى الخلاف ضمنه قيمته وصار الثوب للخياط وإن

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٥/١١٧

مال إلى الوفاق يأخذ القباء ويعطيه أجر مثله لا يجاوز به المسمى؛ لأن صاحب الثوب لم يرض بالمسمى إلا مقابلا بخياطة القميص فإذا خالف فات رضاه فلا يجب عليه المسمى والخياط لم يخطه مجانا فيجب عليه أجر مثله لا يجاوز به المسمى؛ لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد أو شبهه وليس فيما زاد على المسمى عقد ولا شبهة فلا يتقوم ولا يجب، ولهذا المعنى قلنا لو خاطه قميصا مخالفا لما وصفه يجب عليه أجر المثل ولا يجاوز به المسمى، ولو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء من غير خيار للتفاوت في المنفعة والهيئة وقيل يخير وهو الأصح لوجود الاتحاد في أصل المنفعة من حيث الستر ودفع الحر والبرد ولوجود الموافقة في نفس الخياطة فصار كما إذا دفع إلى رجل نحاسا فأمره بأن يضرب له شبها من الأواني فضرب له خلافه فإنه يخير فكذا هذا

ـــــــ Q (قوله وإنما ضمن فيما إذا حمله في البحر) قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - قال في أواخر كتاب الشروط من مبسوطه ولو استأجره لحمله بنفسه فحمله على دوابه أو عبيده أو على غيرهم وذهب معه حتى بلغه ذلك المكان فكان له الأجر استحسانا لحصول المقصود؛ لأن المقصود حمل الطعام، وقد أوفاه كما التزم وليس هو مخالفا؛ لأنه ما فارق الطعام حين ذهب معه ولا أخرجه من يده فلا يكون مخالفا، وكذلك إن اشترط له طريقا فحمله في طريق آخر؛ لأن المقصود حمل الطعام إلى المكان المشروط في أي الطريقين حمله وإن حمله في البحر ضمنه إن غرق؛ لأنه عرضه للتلف فإن الغالب من حال راكب البحر أنه على شرف الهلاك مع ما معه وإن سلم فله الأجر استحسانا وهو بمنزلة ما لو كان إلى ذلك الموضع طريقان أحدهما آمن والآخر مخوف فحمله في الطريق المخوف فإن تلف كان ضامنا وإن سلم يستحق الأجر استحسانا فكذلك هنا؛ لأن البحر بمنزلة الطريق المخوف، ولهذا لم يكن للمودع أن يسافر الوديعة في طريق البحر كما ليس له أن يسافر بها في الطريق المخوف. اهـ.

(قوله بأن يضرب له شبها) قال في المصباح الشبه بفتحتين ما يشبه الذهب في لونه وهو نحاس أحمر يضاف إليه أشياء ويسبك معها فيكتسب لون الذهب والشبه أيضا والشبيه مثل كريم والشبه مثل حمل المشابه. اهـ

[باب الإجارة الفاسدة]." (١)

"يزرعها فزرعها فمضى الأجل فله المسمى) لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم، وكذا ما يزرع فيها مختلف فبعضه أقل ضررا بها من بعض فلا يجوز حتى يبين أنه يزرعها ويبين جنس ما يزرع فيها فإن زرعها ومضى الأجل جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا. وجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مجيئه والخيار الزائد على ثلاثة أيام قبل مجيء اليوم الرابع وهما على الخلاف قال - رحمه الله - (وإن استأجر حمارا إلى مكة ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن) لأن العين أمانة في يد المستأجر، وإن كانت الإجارة فاسدة لأن الفاسد معتبر بالصحيح لكونه

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٢٠/٥

مشروعا من وجه؛ لأنه مشروع بأصله دون وصفه فلا يضمن ما لم يتعد، فإذا تعدى ضمن ولا أجر عليه قال - رحمه الله - (وإن بلغ مكة فله المسمى) لأن الفساد كان لجهالة ما يحمل عليها، فإذا حمل شيئا يحمل على مثلها تعين ذلك فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد قال - رحمه الله - (وإن تشاحا قبل الزرع والحمل نقضت الإجارة دفعا للفساد) إذ الفساد باق قبل أن ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع في المسألة الأولى وبالحمل في الثانية، ولو استأجر دابة، ثم جحد الإجارة في بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار ولا يجب الأجر لما بعده عند أبي يوسف - رحمه الله -؛ لأنه بالجحود صار غاصبا والأجر والضمان **لا يجتمعان**، وقال محمد - رحمه الله - يجب الأجر كله؛ لأنه سلم من الاستعمال فسقط الضمان ذكره في الكافي والله أعلم.

(باب ضمان الأجير) الأجراء على ضربين أجير خاص وأجير مشترك قال - رحمه الله - (الأجير المشترك من يعمل لغير واحد) معناه من لا يجب عليه أن يختص بواحد عمل لغيره أو لم يعمل (ولا يشترط أن يكون عاملا لغير واحد بل) إذا عمل لواحد أيضا فهو مشترك إذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره والأوجه أن يقال الأجير المشترك من يكون عقده واردا وعلى عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض، والأجير الخاص من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة أو بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين، فإذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لإنسان لا يتمكن من إيجابها لغيره بخلاف الأجير المشترك لأن المعقود عليه فيه هو الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج إلى ذكره المدة ولا يمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره؛ لأن ما استحقه الأول في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فإن المسلم فيه لما كان دينا في ذمته لا يتعذر عليه بسببه قبول السلم من غيره والبيع لما كان يلاقي العين لا يملك بيعه من غيره بعد ما باعه فلهذا كان مشتركا والأول أجير واحد وأجير خاص، وقد اختلفت عبارات المشايخ

ـــــــQقوله كما إذا أسقط الأجل المجهول) قال الأتقاني كما قلنا فيمن با ع شيئا إلى الحصاد أو الدياس ثم أسقطا الأجل في المجلس أو بعده قبل أوان الحصاد أو الدياس انقلب جائزا عندنا خلافا لزفر وكما في الصرف بشرط الخيار والأجل إذا أسقط ذلك قبل الافتراق يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر اهـ.

(قوله في المتن، وإن استأجر حمارا إلخ) قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه، وإن استأجرها إلى مكان معلوم ولم يسم ما يحتمل عليها، فإن اختصما رددت الإجارة؛ لأن الحمل يختلف باختلاف المحمول فلا بد من بيانه ليصير العمل معلوما فإذا لم يبين فسد العقد فأراد الإجارة عند اختصامهما، وإن حمل عليها أو ركبها إلى ذلك المكان فعليه ما سماه من الكراء استحسانا؛ لأنا جعلنا التعيين بالفعل كالتعيين بالقول في حالة لها حكم ابتداء العقد؛ لأن العقد في حق الحكم ينعقد عند حدوث المنفعة، ولو عين في الابتداء صح فكذا في هذه الحالة، وكذا لو استأجر عبدا ولم يسم ما استأجره له كذا في شرح الكافي، وقال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير، وإن اختصما قبل أن يحمل عليه فالقاضي ينقض الإجارة؛ لأن العقد فاسد ما لم يحمل عليه، وكذا لو استأجر ثوبا باللبس ولم يعين اللابس لا يجوز؛ لأن الناس يتفاوتون، فإن عين اللابس بعد ذلك يجوز استحسانا، وإنما قيد بقوله حمل ما يحمل الناس وأراد به الحمل المعتاد؛ لأنه إذا حمل غير المعتاد فهلك الحمار يجب أن يضمن، وإنما لم يجب الضمان في الحمل المعتاد لعدم المخالفة؛ لأن مطلق

الإذن ينصرف إلى المعتاد ولم يتعد المعتاد والعين أمانة في يد المستأجر؛ لأنه قبضها بإذن المالك ولم يوجد منه الخلاف بعد ذلك فلا يضمن، وهذا لأن حكم الفاسد يوجد من الصحيح ففي الإجارة الصحيحة إذا لم يوجد الخلاف لا يجب الضمان فكذا في الإجارة الفاسدة فكيف، وقد انقلب العقد جائزا بالحمل المعتاد استحسانا اهـ أتقاني

[باب ضمان الأجير]

(باب ضمان الأجير) قال الكاكي والأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر، وقد مر في أول كتاب الإجارات اهـ لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان؛ لأنه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الإجارة فيحتاج إلى بيانه اهـ أتقاني." (١)

"إفساد، وإنما السلامة المطلوبة من العمل لا تجاوز المعتاد وبعد ذلك السراية والاقتصار مبنيان على قوة المحل في احتمال الألم وسيلان الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والخارج عن الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال، والتحرز عن التخرق ممكن؛ لأنه في وسع القصار يعرف بالنظر في الثوب ما يحتمله من الدق إلا أنه ربما يلحقه الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه، وإنما يعتبر ذلك في حقوق الله تعالى دفعا للحرج حتى إذا اجتهدوا وأخطأ يكون معذورا وبخلاف أجير الوحد لما نبينه وبخلاف تلميذه لأنه أجير الوحد عند أستاذه وأجير الوحد لا يجب عليه ضمان ويجب على الأستاذ ما أفسده التلميذ بعمله لأن الأستاذ أجير المشترك دون التلميذ، ثم صاحب الثوب مخير إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه الأجر، وإن شاء ضمنه معمولا وأعطاه الأجر، وقد مر نظيره.

قال - رحمه الله - (ولا يضمن به بني آدم) يعني ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة، وإن كان بسوقه وقوده؛ لأن ضمان الآدمي لا يجب بالعقد، وإنما يجب بالجناية، ولهذا لا تتحمله العاقلة إلا إذا كان بالجناية وقيل هذا إذا كان كبيرا ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده وإلا فهو كالمتاع والصحيح أنه لا فرق.

قال - رحمه الله - (وإن انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته في مكان حمله ولا أجر أو في موضع الكسر وأجره بحسابه) أما الضمان فلأنه تلف بفعله؛ لأن الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل فيضمن على ما بينا، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه، وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بأمره فلم يكن تعديا، وإنما صار تعديا عند الكسر فيميل إلى أي الجهتين شاء فإن مال إلى كونه متعديا ضمن قيمته في الابتداء ولا يجب الأجر لأنه تبين أنه كان متعديا من الابتداء، وإن مال إلى كونه مأذونا فيه في الابتداء إنما صار متعديا عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر وأعطاه أجرته بحسابه. هذا إذا كان الكسر بصنعه بأن زلق أو عثر، وإن كان من غير صنعه بأن زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عند أبي حنيفة

ـــــــQقوله وبخلاف تلميذه؛ لأن أجير الوحد) قال في التحفة، ولو تخرق بدق أجير القصار لا ضمان عليه ولكن الضمان

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٣٣/٥

على الأستاذ؛ لأن فعله ينتقل إليه كأنه فعله بنفسه، وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وإذا دق أجير القصار ثوبا فخرقه فضمانه على الأستاذ دون الأجير لأنا نقلنا فعله إلى الأستاذ فكان الضمان عليه، ولو وطئ الأجير على ثوب القصار مما لا يوطأ عليه فخرقه كان ضمانه عليه خاصة؛ لأنه ليس بمأذون فيه فاقتصر الإتلاف عليه، وإن كان مما يوطأ فلا ضمان عليه؛ لأنه مأذون في وطئه، ولو وطئ القصار ثوبا وديعة عنده فتخرق كان ضامنا له، وإن كان مما يوطأ إذا لم يكن أذن له في بسطه ووطئه؛ لأنه أتلفها بغير أمر فيضمن. كذا في شرح الكافي. اهـ. أتقاني.

(قوله أجير مشترك) الذي في خط الشارح؛ لأن الأستاذ أجير المشترك بالإضافة فتأمل

. (قوله وإنما يجب بالجناية) وعقد الإجارة ليس بجناية فلا يكون سببا للضمان اهـ.

(قوله والصحيح أنه لا فرق) قال الأتقاني والصحيح عدم الفرق هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف في الرضيع اهـ

(قوله في المتن، وإن انكسر دن في الطريق ضمن إلخ) قال في الدراية ليس بقيد فإنه لو كسره عمدا فالحكم كذلك عندنا. اهـ. كاكي وكتب ما نصه قال في الدراية وقيد في بعض الطريق؛ لأنه لو انكسر بعد ما انتهى إلى المكان المشروط من جناية يده فلا ضمان عليه وله الأجر كذا نقل عن الإمام صاعد النيسابوري كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية اهـ وكتب أيضا ما نصه، فإن قيل كيف يضمنه في موضع الحمل ولم يوجد منه سبب الضمان ثم قلنا لما انكسر في الطريق والحمل شيء واحد حكما إذا الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو أن يجعله محمولا إلى موضع عينه ظهر أنه وقع تعديا ابتداء وفي الحقيقة ابتداؤه سليم، وإنما صار تعديا عند الكسر، فإن مال إلى الوجه الحكمي فلا أجر له؛ لأنه ما استوفى من عمله أصلا، وإن مال إلى الوجه الحقيقي فله الأجر بقدر ما استوفى، والأجر والضمان إنما **لا يجتمعان** عندنا في حالة واحدة، وقد اختلفت الحالة هاهنا، وهذا؛ لأنه إذا ضمنه في مكان الكسر فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى موضع الكسر والأجر يجب في حالة الأمانة، وإنما صار مضمونا في حالة الكسر وهذه حالة أخرى. اهـ. كاكي - رحمه الله -.

(قوله وأما الخيار إلخ) قال في البدائع وأما التخيير على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر؛ لأنه وجد جهتا الضمان القبض والإتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض، وله أن يضمنه بالإتلاف يوم الإتلاف أما على أصل أبي حنيفة فيه إشكال؛ لأن عنده الضمان يجب بالإتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الإتلاف فيجب أن يعتبر قيمته يوم الإتلاف ولا خيار له على ما يروى عنه والجواب عنه من وجهين أحدهما أنه وجد سببان لوجوب الضمان أحدهما الإتلاف والثاني العقد؛ لأن الأجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح، وقد خالف والخلاف من أسباب وجوب الضمان فيثبت له الخيار إن شاء ضمنه بالعقد، وإن شاء بالإتلاف، والثاني أنه لما لم يوجد منه إيفاء المنفعة في القدر الفائت فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع فيثبت له الخيار إن شاء رضي بتفرقها، وإن شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك إلا بالتخيير. اهـ. (وقوله وأعطاه أجرته بحسابه) أي لأنه استوفى بعض عمله. اهـ. أتقاني.

(قوله وإن كان من غير صنعه إلخ) قال الكاكي – رحمه الله –، وإن تلف في يده بغير عمله بأن زحمه الناس لا يضمن عند أبي حنيفة خلافا لهما وهي مسألة الأجير المشترك اهـ وانظر في الصفحة التي قبل هذه الورقة عند القولة." (١)

"بين زمانين يجوز في الوقت الأول أو بجعل المنفعة مترددا في دكان بأن قال إن سكنته حدادا فبدرهمين

وإن سكنته عطارا فبدرهم أو قال ذلك في بيت أو بجعله مترددا بين مسافتين في الدابة أو بين حملين بأن قال آجرتك هذه الدابة إلى بغداد بكذا وإلى الكوفة بكذا أو بأن قال له آجرتكها على أنك إن حملت عليها قنطارا من حنطة فبخمسة، وإن حملت عليها قنطارا من حديد فبعشرة، وكذا لو خيره بين ثلاثة أشياء جاز، ولا يجوز أكثر من ذلك على ما بينا في البيوع والمعتبر فيه المبيع، والجامع دفع الحاجة غير أنه لا يشترط اشتراط الخيار هنا وفي البيع روايتان والفرق على إحداهما أن الأجر لا يجب إلا بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه وهو العمل معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع إلا بإثبات الخيار وفيه خلاف زفر والشافعي رحمهما الله، وقد بيناه في البيوع

فإذا عرف هذا مجملا فلا بد من الكلام فيه مفصلا ليهتدي الطالب إلى معرفة كل واحد منها بعلتها فنقول أما الأول وهو ما إذا قال إن خطته فارسيا فبدرهم، وإن خطته روميا فبدرهمين فإنما جاز؛ لأنه سمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز كما إذا خيره في البيع بين عبدين على ما بينا في موضعه، وأما الثاني وهو ما إذا قال إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطته غدا فبنصف درهم فالمذكور هنا وهو جواز العقد في اليوم الأول دون اليوم الثاني قول أبي حنيفة – رحمه الله – عندهما الشرطان جائزان وعند زفر الشرطان فاسدان؛ لأنه اجتمع فيها تسميتان في اليومين؛ لأن المسمى في غد هو المسمى في اليوم أيضا والمسمى في اليوم هو المسمى في الغد أيضا، وإنما ذكر اليوم والغد للتعجيل والترفيه لا غير.

ألا ترى أنه لو قال خط لي هذا الثوب غدا بدرهم فخاطه اليوم استحق الدرهم، وكذا لو قال خط لي هذا الثوب بدرهم اليوم فخاطه غدا يستحق الدرهم، فإذا كان كل واحد منهما مسمى في الوقتين فسدت الإجارة؛ لأن ذكر البدلين على البدل بمقابلة مبدل واحد مفسد فصار نظير قوله بعتك حالا بألف درهم ومؤجلا بألفين ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت، وذكر الغد للإضافة فهذا حقيقته واستعمالهما للترفيه والتعجيل مجاز والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز لا سيما إذا كان حمله على المجاز يؤدي إلى الفساد وكل واحد منهما معلوم وبدلهما معلوم فصار نظير خياطة الرومية والفارسية بخلاف حالة الانفراد؛ لأنه لو حمل على التأقيت لفسد العقد إذ تعين العمل مع تعين الوقت **لا يجتمعان** فصرنا إلى المجاز بدلالة حالهما إذ مقصودهما الصحة دون الفساد ولأبي حنيفة – رضي الله تعالى عنه – أن اليوم للتعجيل والغد للإضافة والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه

وقد قام الدليل على إرادة المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لأن مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز؛ لأن تعين العمل مع التوقيت مفسد فإن تعين العمل يوجب كونه أجيرا مشتركا وتعين الوقت

ـــــــQقوله أو بجعله مترددا بين مسافتين في الدابة) قال في الظهيرية في الإجارة رجل اكترى دابة، وقال إن ركبتها إلى

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٥/١٣٦

موضع كذا فبكذا، وإن ركبتها إلى موضع كذا فبكذا أو ذكر ثلاثة مواضع جاز استحسانا وفي الزيادة على الثلاثة لا يجوز وذكر محمد – رحمه الله – لهذا أصلا فقال الإجارة متى وقعت على أحد الشيئين أو على أحد الأشياء الثلاثة وسمى لكل واحد أجرا معلوما بأن قال آجرتك هذه الدار بخمسة دراهم أو هذه الأخرى بعشرة دراهم أو هذه الثالثة بخمسة عشر درهما أو قال ذلك في البيوت الثلاثة أو الحوانيت الثلاثة أو الأعبد الثلاثة أو قال ذلك في المسافات المختلفة بأن قال آجرتك هذه الدابة إلى واسط بكذا أو إلى الكوفة بكذا أو إلى بغداد بكذا أو قال ذلك في أنواع الخياطة إلى الثلاثة يجوز وفي الزيادة لا يجوز وفرق بين الإجارة وبين البيع إذا باع أحد هذين العبدين وسمى لكل واحد منهما ثمنا لا يجوز إلا أن يشترط الخيار في ذلك للبائع أو للمشتري على ما عرف وفي الإجارة يجوز من غير خيار؛ لأن الإجارة يجري فيها من المسامحة ما لا يجري في البيع اهـ.

(قوله وهو جواز العقد في اليوم الأول إلخ) قالوا في شروح الجامع الصغير في قول أبي حنيفة الشرط الأول جائز والشرط الآخر فاسد. اهـ. أتقاني.

(قوله وعند زفر الشرطان فاسدان) أي فإنه خاطه في اليوم أو في الغد أو بعد غد يجب أجر المثل لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم، كذا ذكر الزاهد العتابي وغيره، قال الكرخي في مختصره، فإن خاطه من بعد الغد فله أجر مثله في قولهم جميعا اهـ أتقاني.

(قوله لأنه اجتمع فيها تسميتان في اليومين) بيانه أن ذكر اليوم للتعجيل لا لتأقيت الإجارة باليوم فإذا كان كذلك تبقى التسمية الأولى في الغد فإذا جاء الغد يجتمع فيه تسميتان وذكر الغد للترفيه فإذا كان للترفيه كانت التسمية المضافة إلى الغد موجودة في اليوم أيضا فيجتمع تسميتان أيضا في اليوم فيلزم البدلان على البدل بمقابلة عمل واحد فيفسد العقد في اليومين جميعا. اهـ. أتقاني.

(قوله فخاطه اليوم استحق الدرهم) فدل على أن ذكر الغد للترفيه لا للإضافة والتعليق فاجتمع في اليوم تسميتان فيفسد لجهالة البدل اهـ. (قوله فخاطه غدا يستحق الدرهم) أي لأن العقد المنعقد في اليوم باق إلى الغد؛ لأن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت فاجتمع في الغد أيضا تسميتان والخياطة واحدة فيجب إحدى التسميتين وهي مجهولة وهذه جهالة توقعهما في المنازعة. اهـ. (قوله لأنه لو حمل على التأقيت لفسد العقد) أي ومتى حمل على التعجيل أو للترفيه لا. اهـ. كاكي (قوله ولأبي حنيفة – رحمه الله – أن اليوم للتعجيل) أي لا للتوقيت للإجارة باليوم ولهذا صحت الإجارة في اليوم الأول بالاتفاق فلو كان لتوقيت لم تصح؛ لأنه حينئذ يجتمع الوقت والعمل. اهـ.." (١)

"لا يوجب كونه أجيرا مشتركا وبينهما تناف **فلا يجتمعان** فيفسد فتعين المجاز كي لا يفسد فحملناه على التعجيل وفي الغد لم يقم الدليل على إرادة المجاز وهو الترفيه بل قام الدليل على إرادة الحقيقة وهو الإضافة والتعليق فتركناه على حقيقته؛ لأنا لو حملناه على أنه للترفيه يؤدي إلى فساد العقد من حيث إنه يجتمع في اليوم تسميتان كما قال زفر فوجب حمله على أنه للإضافة كما هو حقيقته ونقصان الأجر في الغد أيضا يدل على ذلك؛ لأن ما يكون للترفيه لا تكون أجرته

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٥/١٣٩

أنقص، فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل

وذكر الغد للتعليق لم يوجد في اليوم إلا تسمية واحدة فلم يفسد، فإذا خاطه اليوم وجب عليه الدرهم، فإذا جاء الغد فسد لوجود تسميتين فيه؛ لأن المعلق ينزل بمجيء الغد والتسمية الأولى باقية فيفسد لاجتماع تسميتين في عمل واحد بخلاف خياطة الرومية والفارسية لأنه ليس لأحد العقدين موجب في العمل الآخر فكانا عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى على الانفراد معلوم فافترقا، فإن خاطه فيه يجب عليه أجر المثل لا يزاد على نصف درهم في الصحيح؛ لأنه المسمى فيه وفي الجامع الصغير لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم لأن التسمية الأولى باقية في الغد فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر الثانية لمنع النقصان، ولو خاطه بعد غد فالصحيح أنه لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة – رضي الله عنه –؛ لأنه لم يرض بتأخيره إلى الغد بأكثر من نصف درهم فأولى أن لا يرضى إلى ما بعد الغد والصحيح على قولهما أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه

وأما الثالث وهو ما إذا قال إن سكنت هذا الدكان عطارا فبدرهم، وإن سكنته حدادا فبدرهمين فالمذكور قول أبي حنيفة – رضي الله عنه – وعندهما لا تجوز هذه الإجارة وعلى هذا الخلاف القسم الرابع وهو ما إذا قال آجرتك هذه الدابة إلى بغداد بكذا وإلى الكوفة بكذا ولهما أن الأجرة والمنفعة مجهولان؛ لأن الأجر في الأجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدرى أي العملين تقرر وأي التسميتين تجب وقت التسليم بخلاف خياطة الرومية والفارسية؛ لأن الأجر لا يجب فيه إلا بالعمل وبه ترتفع الجهالة وبخلاف الترديد في اليوم والغد؛ لأنه عندهما كمسألة الرومية والفارسية فلا يجب الأجر إلا بعد العمل فعند ذلك هو معلوم فهذا هو القاعدة لهما أن الأجر متى وجب بالتسليم لا يجوز أن يكون مترددا بين شيئين عند التسليم؛ لأنه لا يدرى أيهما يجب والإجارة تفسد ولأبي حنيفة – رحمه الله – أنه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما أجرة معلومة، فوجب أن يجوز كما في مسألة الرومية والفارسية والإجارة تعقد للانتفاع فالظاهر أنه يستوفي المنافع وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة

ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم عند عدم الاستيفاء بعد التسليم يجب نصف كل واحد من البدلين عند بعض المشايخ إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيجعل التسليم لهما والصحيح أنه يجب أقل البدلين لأنه لا يكون أكثر ضررا من الانتفاع بأقلهما ضررا، وكذا يجوز إذا خيره بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهرا بمائة أو هذه الدار بمائتين أو آجرتك هذه الدار بخمسين أو هذا الدكان بعشرين، وكذا يجوز بين ثلاثة أشياء ولا يجوز أكثر من ذلك والمعنى قد بيناه في البيوع.

قال – رحمه الله – (ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط) لأن مطلق العقد يتناول الخدمة في الحضر إذ هو الأعم الأغلب وعليه عرف الناس فانصرف إليه إذ المطلق يقيد بمثل هذا من المتعارف فلا يكون له أن ينقله إلى خدمة السفر؛ لأنه الأشق فصار نظير ما لو استأجر فرسا للركوب وعين الراكب فليس له أن يركب غيره للتفاوت، وكذا لو استأجر دارا للسكنى فإنه ليس له أن يسكن فيه حدادا؛ لأنه أضر ومطلق العقد لا يتناوله ولأن مؤنة الرد على المولى يلحقه ضرر بذلك فلا يملك إلا بإذنه

ــــــــQقوله فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل إلخ) قال الأتقاني فلما كان ذكر اليوم للتعجيل بقيت التسمية الأولى بالتأخير إلى

الغد فاجتمع تسميتان في الغد فبطل الشرط الثاني لهذا باعتبار التزاحم وفي اليوم لم يجتمع تسميتان؛ لأن التسمية الثانية مضافة إلى الغد عدم في الحال فلا جرم وجب المسمى في اليوم وأجر المثل في الغد. اهـ. (قوله لا يزاد على نصف درهم في الصحيح) قال الأتقاني نقلا عن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهي الرواية الصحيحة اهـ.

(قوله وفي الجامع الصغير) أي والأصل اهـ أتقاني (قوله حدادا) قال من ضمير المخاطب. اهـ. أتقاني (قوله فالمذكور قول أبي حنيفة) وأي الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة. اهـ. أتقاني وكتب ما نصه قال في إشارات الأسرار، فإن لم يسكن قال بعضهم يستحق الأقل؛ لأنه ثابت بيقين وبعضهم أوجبوا من كل مسمى نصفه واختيار القدوري هو الأول؛ لأنه قال في شرحه لمختصر الكرخي، فإن أمسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة فعليه أقل التسميتين؛ لأن الزيادة إنما تستحق باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك فوجب بالتخلية أقل الأمرين اهـ أتقاني

. (قوله ومطلق العقد لا يتناوله) تقدم في كتاب العارية متنا وشرحا أن مؤنة الرد على المؤجر قال الأتقاني في آخر كتاب الإجارة ولم يذكر صاحب الهداية مؤنة رد العين المستأجرة هنا اعتمادا على ما ذكر في كتاب العارية من مسألة القدوري بقوله وأجرة رد العارية على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب، وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يستأجر من الرجل الرحى فيحملها فتنقضي الإجارة قال على المؤجر يجيء فيأخذها." (١)

"بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر؛ لأن مؤنته عليه ولم يوجد العرف في حقه ولا يقال لما ملك المستأجر منافعه ينزل منزلة المولى فيه وللمولى أن يسافر به فكذا لهذا؛ لأنا نقول إنما ملك المولى ذلك؛ لأنه يملك رقبته لا لملك المنفعة. ألا ترى أن للمولى أن يبيع رقبته وأن يزوجه ولا يملك المستأجر ذلك فكذا ليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك أو يكون وقت الإجارة متهيئا للسفر وعرف بذلك؛ لأن الشرط ملزم والمعروف كالمشروط، ولو سافر به ضمن؛ لأنه صار غاصبا ولا أجر عليه، وإن سلم؛ لأن الضمان والأجرة **لا يجتمعان**.

قال - رحمه الله - (ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور أجرا دفعه إليه لعمله) معناه لو استأجر شخص عبدا محجورا عليه من نفسه فعمل وأعطاه الأجر ليس للمستأجر أن يأخذه منه والقياس له أن يأخذه؛ لأن عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر؛ لأنه بالاستعمال صار غاصبا له، ولهذا يجب عليه ضمان قيمته إذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فكان له أن يسترده. وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما، ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه فيجوز فتخرج الأجرة عن ملكه فليس له أن يسترده، وهذا لأن العبد محجور عن تصرف يضر بالمولى لا عن تصرف ينفع المولى. ألا ترى أنه يجوز قبوله الهبة بغير إذن المولى لكونه نفعا في حق المولى وجواز الإجارة بعد ما سلم من العمل تمحض نفعا في حق المولى؛ لأنها إذا جازت يحصل للمولى الأجر بغير ضرر، ولو لم تجز ضاع

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٤٠/٥

منافع العبد عليه مجانا فتعين القول بالجواز، فإذا جازت الإجارة صح قبض العبد الأجرة؛ لأنه العاقد وقبض البدل إلى العاقد ومتى صح قبضه لا يكون للمستأجر أن يسترده منه بخلاف ما إذا هلك العبد في حالة الاستعمال فإنه يجب على المستأجر قيمته وإذا ضمن صار مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الأجر، وكذا الصبي المحجور عليه إذا آجر نفسه وسلم من العمل كان الأجر له؛ لأنه غير ممنوع عما ينفعه من التصرفات، ولهذا يملك قبول الهبة. وجواز الإجارة بعد الفراغ من العمل نفع محض وفي النهاية الأجر الذي يجب في هاتين الصورتين أجر المثل، فإذا أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الإجارة ولا خيار للعبد فأجر ما مضى للمولى وأجر ما يستقبل للعبد، وإن آجره المولى ثم أعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار، فإن فسخ الإجارة فأجر ما مضى للمولى، وإن أجاز فأجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لأنه هو العاقد.

قال - رحمه الله - (ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره) معناه إذا غصب رجل عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب من يد العبد الأجرة فأكله فلا ضمان عليه، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وقالا عليه ضمانه؛ لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه ولا تأويل؛ لأن المال للمولى لأن إجارته نفسه جائزة على تقدير السلامة على ما بيناه وكسب العبد لمولاه؛ لأنه تبع لرقبته فيكون الغاصب متعديا بالأخذ منه والإتلاف فيضمن ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن الضمان يجب بإتلاف مال محرز متقوم، وهذا ليس بمحرز؛ لأن الإحراز يكون بيده أو بيد نائبه، وهذا المال ليس في يده ولا في يد نائبه؛ لأن الغاصب ليس نائبا عنه والعبد ليس في يد نفسه بل هو في يد الغاصب وما في يده يكون في يد الغاصب أيضا تبعا لنفسه فلا يتصور وأن يكون محرزا بحرزه إذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يحرز ما في يده عنه، وما لم يقع في يد المولى حقيقة أو حكما بالاستنابة لا يكون معصوما له فصار نظير المال المسروق في يد السارق بعد القطع ولأن الأجرة بدل المنفعة والبدل حكمه كحكم المبدل
ولو أتلف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها ولأن الغاصب لو آجر العبد بنفسه وأخذ الأجرة وأكله فلا ضمان عليه فكذا إذا آجر العبد نفسه؛ لأن العبد في يده فيكون فعله كفعله من وجه لأنه في ضمانه ومن وجه كفعل المالك لأنه هو المالك لرقبته وما تردد بين أصلين يوفر عليه حظهما فرجحنا جانب المالك عند بقاء الأجر في يده فقلنا المالك أحق به ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان وقلنا لا ضمان فيه على الغاصب إذا أكله؛ لأن الأصل وهو العبد في ضمانه كالمبيع إذا اكتسب في يد البائع واستهلك البائع كسبه لا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن الأصل في ضمانه وهو المبيع بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه
ــــــــQقوله؛ لأن مؤنته عليه) أي مؤنة الرد على الموصى له بلا خدمة دون الوارث اهـ.

(قوله ليس للمستأجر أن يأخذه منه) أي ليس للمستأجر أن يسترد من العبد المحجور الأجر. اهـ. (قوله فإذا جازت الإجارة) أي بعد ما سلم من العمل. اهـ. كاكي.
(قوله وسلم من العمل) إلا أنه لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستأجر الدية وعليه الأجر فيما عمل قبل الهلاك

بخلاف العبد المحجور إذا هلك من العمل تجب عليه قيمته ولا أجر عليه لما ذكر أنه صار غاصبا. اهـ. كاكي.
(قوله ولا خيار للعبد) أي بلا خلاف. اهـ. كاكي (قوله فللعبد الخيار) أي كالصبي إذا بلغ في مدة الإجارة. اهـ. كاكي
(قوله فأجر ما يستقبل للعبد) قال الأتقاني إلا أن المولى هو الذي يتولى قبض جميع الأجرة وليس للعبد نقضها بعد اختيار المضي عليها، وإن كان المستأجر عجل الأجرة كلها للمولى قبل أن يعمل العبد شيئا في أول الإجارة فالأجرة كلها للمولى إذا اختار المضي على الإجارة؛ لأن المولى قد كان ملك الأجرة قبل عتقه

(قوله لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه) أي لأن كسب العبد ملك المولى ولهذا لو كان الكسب قائما بعينه أخذه المولى اهـ أتقاني." (١)

"في الفاضل عن حاجته. قال – رحمه الله –: (فإن حضروا أقر بإذنه بيع، وإلا فلا) أي لو حضر المولى فأقر بالإذن بيع بالدين لظهور الدين في حقه بإقراره، وإن قال هو محجور عليه كان القول قوله لتمسكه بالظاهر فلا يباع إلا إذا أثبت الغرماء الإذن منه بالبينة فحينئذ يباع؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا إذ هي مبينة كاسمها.

قال – رحمه الله –: (وإن أذن للصبي أو المعتوه الذي يعقل البيع والشراء وليه فهو في الشراء والبيع كالعبد المأذون له) يعني في جميع ما ذكرنا من الأحكام من أنه لا يتقيد بنوع من التجارة دون نوع ويكون مأذونا له بسكوت الولي حين ما يراه يبيع ويشتري ويصح إقراره بما في يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما إلى غير ذلك من الأحكام التي ذكرناها في العبد والمراد بكونه يعقل البيع أن يعلم أن البيع سالب للملك والشراء جالب له، وأن يقصد به الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش. وقال الشافعي: – رحمه الله – لا تنفذ تصرفاته، وأصل الخلاف بيننا وبينه في أن عبارته صالحة للعقود الشرعية عندنا فيما هو متردد بين النفع والضرر أو النفع المحض، وعنده غير صالحة للعقود حتى لو توكل بالتصرف جاز، وعنده لا يجوز له قوله تعالى ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ [النساء: ٥] وقوله تعالى ﴿حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] شرط البلوغ والرشد للدفع إليهم في هذه الآية، ونهى عن الدفع إلى السفهاء في الأولى، وهما سفيهان، وليسا ببالغين؛ ولأنهما محجور عليهما لأجل أنفسهما شرعا، وعلة الحجر قائمة بهما فلا تزول بالإذن بخلاف العبد؛ لأن الحجر عليه لحق غيره، وهو المولى، وقد زال بالإذن؛ ولأنهما مولى عليهما في هذا التصرف حتى يملكه الولي ويملك حجرهما فلا يصلحان أن يكونا وليين للتنافي؛ لأن كونهما موليا عليهما سببه العجز، وكونهما وليين سببه القدرة، والعجز والقدرة **لا يجتمعان** فصار كالعتق والطلاق بخلاف الصوم والصلاة والوصية.
واختيار الصبي أحد أبويه على أصله؛ لأن الولي لا يتولى هذه الأشياء فلا يكون موليا عليه فيها فلا تنافي فتصح منه؛ ولأن فيه ضرورة لعدم إمكان تحصيله من جهة الولي فقلنا بصحتها منه كي لا تفوته هذه المصالح بخلاف البيع والشراء، ولنا قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى﴾ [النساء: ٦] أمرنا بالابتلاء، وهو الامتحان والاختبار هل هو رشيد أم لا، وذلك بأن يؤذن له

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٤١/٥

في التجارة، وهذا يفيد أن الصغير أهل للتصرف، وأن تصرفه جائز؛ لأن اليتيم حقيقة اسم للصغير الذي لم يبلغ لقوله – عليه الصلاة والسلام – لا يتم بعد الاحتلام وقوله تعالى: ﴿وآتوا اليتامى أموالهم﴾ [النساء: ٢]، وهذا أمر بدفع أموالهم إليهم فلولا أن تصرفه معتبر شرعا لما أمر بدفعه إليهم؛ لأن الدفع إليهم تمكين لهم من التصرف فيه؛ ولأن التصرف المشروع صدر من أهله مضافا إلى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بنفاذه كالعبد المأذون له، ولا خفاء في شرعية التصرف والمحلية. وكذا في الأهلية؛ لأن الأهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز وبيان لا عن تلقين من غير تمييز، والكلام في مثله فتثبت الولاية صونا لكلامه عن الإلغاء، والحجر عليه لعدم هدايته إلى التصرف لا لذاته وبإذن الولي يستدل على ثبوت هدايته إلى التصرف إذ لا يأذن له ظاهرا إلا بعد معرفة هدايته وبقاء ولاية الولي لأجل النظر له لتتسع له طرق التحصيل فيحصل بطريقين بمباشرته، ومباشرة الولي ويمكن الولي من حجره لاحتمال تبدل حاله، ومتى جعلناه وليا باعتبار الأهلية لم نجعله موليا عليه، ومتى جعلناه موليا عليه باعتبار قصور الولاية لم تجعله وليا فيه فحاصله أنه يعرف المصالح ويبعد من المضار، وهو مستحق للنظر، ومصون عن الضرر، وفي اعتبار كلامه ذلك، وفي عدم اعتباره إهدار آدميته، وإلحاقه بالبهائم، وهو ضرر محض بخلاف الطلاق والعتاق؛ لأنه ضرر محض فلم يؤهل له، ولا يملكه، وإن أذن له الولي والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن ويملكه والمتردد بينهما كالبيع والشراء والإجارة ونحوها يؤهل له بعد الإذن ويملكه، ولا يملكه قبله للاحتمال مع أنه أهل للتصرف لما ذكرنا حتى لو باشره قبل الإذن يكون موقوفا على إجازة الولي حتى إذا رأى فيه مصلحة أجازه، وهذا؛ لأنه يشبه البالغ من حيث إنه عاقل مميز ويشبه المجنون والطفل الذي لا يميز من حيث إنه لم يتوجه عليه الخطاب

ــــــــQقوله: في المتن وإن أذن للصبي إلخ) قال الأتقاني لما فرغ من بيان إذن العبد شرع من بيان إذن الصبي الذي يعقل والمعتوه، وقدم الأول لكثرة الاحتياج إليه بكثرة وقوعه؛ ولأن إذن العبد صحيح اتفاقا بخلاف إذن الصبي فإن فيه خلاف الشافعي والأصل عدم الخلاف فقدم المجمع لكونه أصلا. اهـ.

(قوله: دون نوع) فإذا أذن له في نوع من التجارة يكون مأذونا في الأنواع كلها. اهـ أتقاني. (قوله: ويكون مأذونا له بسكوت الولي) قال الأتقاني هذا في الأب والجد والوصي لا في القاضي ألا ترى إلى ما ذكر في الفتاوى الصغرى أن القاضي إذا رأى الصغير أو المعتوه يبيع ويشتري فسكت لا يكون مأذونا في التجارة ونقله عن مأذون خواهر زاده. اهـ.

(قوله: ويعرف الغبن اليسير من الفاحش)، وليس المراد منه أن يعرف نفس العبارة فإنه ما من صبي لقن البيع والشراء إلا ويتلقنهما كذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده. اهـ. (قوله: وقال الشافعي إلخ) قال الأتقاني، وعند الشافعي إذن الصبي العاقل باطل، وعلى هذا الخلاف إذن العبد الصغير وكتابته. اهـ. (قوله: أنه يقرب المصالح ويبعد) والذي بخط الشارح أنه يعرف المصالح ويبعد. اهـ. (قوله: كقبول الهبة) أي والإسلام. اهـ." (١)

"لأن وجوب القضاء على التراخي، حتى كان له أن يتطوع.

(والحامل والمرضع إذا خافتا على أنفسهما أو ولديهما أفطرتا وقضتا) دفعا للحرج (ولا كفارة عليهما) لأنه إفطار بعذر (ولا

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢١٩/٥

فدية عليهما) خلافا للشافعي – رحمه الله – فيما إذا خافت على الولد، هو يعتبره بالشيخ الفاني. ولنا أن الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني، والفطر بسبب الولد ليس في معناه لأنه عاجز بعد الوجوب، والولد لا وجوب عليه أصلا.

ـــــــQفي الشرع على القادر على الأصل، وبالتأخير لم يثبت العجز. ولنا أن الله تعالى أمر بالقضاء مطلقا، والأمر المطلق لا يوجب الفور بل على التراخي، ولهذا لو تطوع جاز بالاتفاق، ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود – رضي الله عنهما –.

وقوله (والحامل والمرضع) قال في الذخيرة: المراد بالمرضع ههنا الظئر، لأن الأم لا تفطر إذا كان للولد أب، لأن الصوم فرض عليها دون الإرضاع، وقال شيخ شيخي عبد العزيز: ينبغي أن يشترط يسار الأب أو عدم أخذ الولد ضرع غير الأم. وقوله (لأنه إفطار بعذر) قيل: نعم هو عذر، ولكن لا في نفس الصائم بل لأجل غيره، ومثله لا يعتد به، ألا ترى أنه لو أكره على شرب الخمر بقتل أبيه أو ابنه لم يحل له الشرب. وأجيب بأن الحامل والمرضع مأمورة بصيانة الولد مقصودة، وهي لا تتأتى بدون الإفطار عند الخوف فكانت مأمورة بالإفطار والأمر بالإفطار مع الكفارة التي بناؤها على الوجوب عن الإفطار **لا يجتمعان** بخلاف الإكراه، فإنه ليس كل أحد مأمورا قصدا بصيانة غيره بل نشأ الأمر هناك من ضرورة حرمة القتل والحكم بتفاوت الأمر قصدا وضمنا.

وقوله (فيما إذا خافت على الولد إلخ) يعني إذا خافت الحامل أو المرضع على نفسها لا تجب الفدية بالاتفاق، وإذا خافت على ولدها فأفطرت وجب القضاء والفدية على أصح أقواله عندهم (هو يعتبره بالشيخ الفاني) فإن الفطر حصل بسبب نفس عاجزة عن الصوم خلقة لا علة فتجب الفدية كفطر الشيخ الفاني، ولأن فيه منفعة نفسها وولدها، فبالنظر إلى نفسها يجب القضاء وبالنظر إلى منفعة ولدها تجب الفدية، ولنا أن الفدية فيه ثبتت بالنص على خلاف القياس فلا يصح القياس (والفطر بسبب الولد ليس في معناه لأن الشيخ الفاني عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه أصلا) ألا ترى أنه لو كان له مال." (١)

"خلاف جنسه يتعلق بالمسمى؛ لأن المسمى مثل للمشار إليه وليس بتابع له، والتسمية أبلغ في التعريف من حيث إنها تعرف الماهية، والإشارة تعرف الذات، ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس، ولو اشترى على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس. وفي مسألتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع، والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد.

(فإن تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة)

ـــــــQلا يلزم أن تكون عبدا لجواز أن تكون حرة.

وعلى هذا إذا تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة لأنه يعتبر الإشارة والإشارة إلى الحر تخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا وكأنه تزوجها على عبد فليس لها إلا ذلك، ولا يجب مهر المثل لأنهما **لا يجتمعان**.

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٢/٣٥٥

ووجه أبي يوسف ظاهر، وكذا وجه محمد لأنه في الجنس الواحد تعتبر الإشارة، ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده، فإذا كان أحدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل، والمصنف ذكر في دليل أبي حنيفة قوله لأنه." (١)

"وقال زفر: تقع بتلاعنهما لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث. ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم، دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي - صلى الله عليه وسلم -: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، هي طالق ثلاثا، قاله بعد اللعان (وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد) رحمهما الله لأن فعل القاضي انتسب إليه كما في العنين

ـــــــQوقوله (فإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) يفيد أنه لو مات أحدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا (وقال زفر: تقع الفرقة بتلاعنهما لأنه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث) يعني قوله - صلى الله عليه وسلم - «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا» نفى الاجتماع بعد التلاعن، وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن (ولنا قوله تعالى ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩] ووجه الاستدلال (أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم) وقوله (دل عليه) أي على أن لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي، ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل.

وقوله «قول ذلك الملاعن يريد به عويمرا العجلاني فإنه قال عند النبي - صلى الله عليه وسلم - بعد اللعان: كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثا، ولم ينكر عليه النبي - صلى الله عليه وسلم -» ، ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. فإن قيل: قد أنكر عليه بقوله «اذهب فلا سبيل لك عليها» أجيب بأن ذلك منصرف إلى طلبه رد المهر، فإنه روي أنه قال: «إن كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها، وإن كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها»

.

والجواب عن استدلال زفر بالحديث يجيء (ثم إذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد لأن فعل القاضي انتسب إليه لنيابته عنه كما في العنين)." (٢)

"(وهو خاطب إذا أكذب نفسه) عندهما. وقال أبو يوسف: هو تحريم مؤبد لقوله - عليه الصلاة والسلام - «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا» نص على التأبيد. ولهما أن الإكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها، لا يجتمعان ما داما متلاعنين، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان.

ـــــــQوقوله (وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما) مسألة مبتدأة (وقال أبو يوسف هو) أي الثابت باللعان (تحريم مؤبد لقوله - عليه الصلاة والسلام - «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا») نص على التأبيد وهو ينافي عوده خاطبا.

(ولهما أن الإكذاب) أي الإقرار بالكذب (رجوع عن الشهادة) والرجوع عنها يبطل حكمها، ولا منافاة بين نص التأبيد

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٣/٣٦١

(٢) العناية شرح الهداية البابرتي ٤/٢٨٦

والعود خاطبا لأن معناه **لا يجتمعان** ما داما متلاعنين، لأنهما يكونان متلاعنين، إما حقيقة بمباشرتهما اللعان، أو مجازا باعتبار بقاء حكمه، ولم يبق شيء بعد الإكذاب، أما حقيقة فظاهر، وأما حكما فلأنه لما أكذب نفسه." (١)

"ولأبي حنيفة – رحمه الله – أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر، ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف، ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان، والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد، فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد.

(وإن كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة – رحمه الله –، وقالا: يضمن نصف قيمتها) لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما، وعلى هذا الأصل تبتنى عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى.

ـــــQولأبي حنيفة أن المقر لو صدق) تقريره موقوف على مقدمة هي أن الخبر ينقسم إلى صادق وكاذب قسمة حقيقية **لا يجتمعان** ولا يرتفعان بناء على أن صدق الخبر وكذبه راجعان إلى مطابقة الواقع وعدمها، فالمقر إما أن يكون صادقا في إقراره أو كاذبا، فإن كان الأول (كانت الخدمة كلها للمنكر) وإن كان الثاني (كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف، ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك) أما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد، وأما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه لف ونشر على ما ترى.

وقوله (والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب) جواب عن قولهما كأنه استولدها: يعني أنه لما أقر بأمومية الولد والإقرار بها يتضمن الإقرار بالنسب والإقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد حتى أن الرجل إذا أقر بنسب صغير لرجل فكذبه المقر له ثم أقر المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لأن النسب لا يرتد بالرد (فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) .

(وإن كانت أم ولد بينهما) بأن ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعياه (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالا: يضمن نصف قيمتها لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده) خلافا لهما، وعلى هذا الأصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى: منها أنه إذا مات أحدهما حتى عتقت." (٢)

". . . . .

ـــــQولنا حديث «ماعز فإنه جاء إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وقال زنيت فطهرني، فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الرابع وقال مثل ذلك، فلما كان في المرة الرابعة قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: الآن أقررت أربعا فبمن زنيت قال بفلانة، قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها، فأبى إلا أن يقر بصريح الزنا، فقال أبك خبل أبك جنون وفي رواية بعث إلى أهله فقال هل تنكرون من عقله شيئا؟ فقالوا: لا، فسأل عن إحصانه فأخبر أنه محصن، فأمر برجمه» وعن أبي بريدة قال: كنا نتحدث في أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه رسول الله – صلى

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٤/٢٨٨

(٢) العناية شرح الهداية البابرتي ٤/٤٨٦

الله عليه وسلم -. فهذا يدل على أن هذا الحكم كان متعارفا فيما بينهم.
ووجه الاستلال بحديث ماعز ما أشار إليه بقوله فإنه أخر الإقامة. وبيانه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أخر إقامة الحد إلى أن تم الإقرار أربع مرات، فلو كان الإقرار مرة واحدة كافيا لم يؤخر لأن إقامة الحد عند ظهوره واجبة، وتأخير الواجب لا يظن برسول الله - صلى الله عليه وسلم -. فإن قال قائل: إذا لم يثبت الحد بإقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجب المهر، وإذا وجب المهر لا يجب الحد من بعد لأن المهر والحد **لا يجتمعان** في وطء واحد.
أجيب بأن الإقرار أربع مرات لما اعتبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالإقرار مرة واحدة، وإنما الحكم موقوف، فإن تمت الحجة وجب الحد، وإن لم تتم وجب المهر. فإن قيل: إنما أعرض النبي - صلى الله عليه وسلم - لأنه استراب في عقله فقد جاء أشعث أغبر متغير اللون إلا أنه لما أصر على الإقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك، ثم أزال الشبهة بالسؤال فقال أبك خبل أبك جنون. أجيب أما تغير الحال فإنه دليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون، وإنما قال النبي - صلى الله عليه وسلم - أبك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك قبلت وطئتها ليرجع عن الزنا إلى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه، وكما قال للسارق أسرقت ما أخاله سرق والدليل عليه ما روي أن أبا بكر - رضي الله عنه - قال لماعز لما أقر ثلاثا إن أقررت الرابعة رجمك، فثبت." (١)

"ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لأن قطعه بأمره. ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لأنه لم يقع حدا. وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة، وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن
(ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة) لأن الخصومة شرط لظهورها، ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافا للشافعي في الإقرار، لأن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته،
ـــــــQقوله ولو أخرج السارق يساره) ظاهر (قوله ثم في العمد عنده) أي عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - (عليه) أي على السارق (ضمان المال) المسروق إن كان هالكا (لأنه لم يقع حدا) وإنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لما عسى أن يتوهم أن قطع اليسار وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد، فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان إيذانا بأن القطع لم يقع حدا، إذ القطع حدا والضمان **لا يجتمعان** وعدم الضمان على الحداد باعتبار أنه أخلف خيرا لا باعتبار أن القطع وقع حدا، وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجة إلى ذكره لأنهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حدا لا محالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا.
وقوله (وفي الخطإ كذلك على هذه الطريقة) أي على طريقة أن القطع لم يقع حدا لأنه إذا لم يقع حدا لم يوجد ما ينافي الضمان والمقتضي وهو الإتلاف موجود فيجب الضمان ألبتة (وعلى طريقة الاجتهاد) الذي قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد أن ضمان اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد (لا يضمن) السارق المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حدا **لا يجتمعان**.

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٥/٢١٩

قال (ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه) اختلف العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة للقطع، فقال ابن أبي ليلى، لا حاجة إلى ذلك وتقبل الشهادة على السرقة حسبة." (١)

"(ولهما أن الأخذ وضع سببا للضمان لا للملك، وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد، ومثله لا يورث) الشبهة كنفس الأخذ، وكما إذا سرق البائع معيبا باعه، بخلاف ما ذكر؛ لأن البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب،

ـــــــQولهما أن الأخذ) أي هذا الأخذ الذي فيه خرق فاحش، واللام للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الأخذ. وتقريره أنا لا نسلم أن له فيه سبب الملك لأن الأخذ المعهود ليس بموضوع له، وإنما هو موضوع سببا للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك (وإنما الملك يثبت له ضرورة أداء الضمان كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله) أي ومثل هذا الأخذ الذي هو سبب الضمان (لا يورث الشبهة) لأنه ليس بموضوع للملك (كنفس الأخذ) فإنه يحتمل أن يصير سببا بعد الضمان ومع هذا فلم تعتبر شبهة

(وكما إذا سرق البائع معيبا باعه) ولم يعلم المشتري بالعيب فإنه يقطع وإن انعقد سبب الرد وهو العيب، وكذلك هاهنا يقطع وإن انعقد سبب الضمان وهو الشق (بخلاف ما ذكر) أي أبو يوسف وهو قوله كالمشتري إذا سرق مبيعا فيه الخيار للبائع لأن سبب الملك موجود فيه (إذ البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب) لا يقال: الأصل عندكم أن القطع والضمان **لا يجتمعان**؛ فإذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لأن ضمان النقصان وجب بجناية أخرى قبل الإخراج وهي ما فات من العين والقطع بإخراج الباقي كما لو أخذ ثوبين، فأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب. وأورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية." (٢)

"ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما، وكفى بإجماعهم حجة؛ ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة قهرا، والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا، والوصفان **لا يجتمعان** في أرض واحدة، وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا، ولهذا يضافان إلى الأرض،

ـــــــQقوله والوصفان **لا يجتمعان**) لأن الطوع ضد الكره الحاصل من القهر، وإذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان (قوله ولهذا يضافان إلى الأرض) يقال عشر الأرض وخراج الأرض.." (٣)

"قال (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله – عليه الصلاة والسلام – «أعتقها ولدها» وسبب الحرية انعقد في المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت،

ـــــــQوما أمر الشرع بترك إعزازه لا يكون معزوزا فلا يكون متقوما، وفي تملكه بالعقد مقصودا: أي يجعله مبيعا إعزازا له وهو خلاف المأمور به، وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لأنه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٥/٤٠٠

(٢) العناية شرح الهداية البابرتي ٥/٤١٨

(٣) العناية شرح الهداية البابرتي ٦/٤٢

لما أنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمر، وفي جعله كذلك خلاف المأمور به فيسقط التقوم أصلا لئلا يفضي إلى خلاف المأمور به. وحينئذ يكون البيع باطلا، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب يجعله مبيعا إنما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر، وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك إعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر، وكذا إذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا، وإن وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول البائع لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا، فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الإمكان.

قال (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) أي باطل، وإنما فسره بذلك لئلا يتوهم أنه يفيد الملك باتصال القبض والأمر بخلافه، والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لأن استحقاق العتق قد ثبت إلخ، وتحقيقه أن بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لأن استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الإبطال وثبوت الملك يبطلهما، وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله – صلى الله عليه وسلم – «أعتقها ولدها» فينتفي الآخر. لا يقال: وهو متروك الظاهر لأنه يوجب حقيقة العتق وأنتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لأن المجاز مراد بالإجماع. وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم لأن الملك مع الحرية **لا يجتمعان**، فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال، لأنه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان إما غير ثابت مطلقا أو ثابتا بعد الموت، والأول باطل لأنه يستلزم إهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والإعمال أولى، وكذلك الثاني لأن ما بعد الموت حال بطلان الأهلية. فمتى قلنا إنه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا إلى بقاء الأهلية، والموت ينافيها فدعت الضرورة إلى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتأخر الحكم إلى ما بعد الموت. وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة، لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابتة لأنه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفي الآخر، وإنما قيد بقوله في حق المولى لأنها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيزه نفسه. فإن قيل: لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ بطل بيع القن المضموم." (١)

"قال (فإن قطعت يد العبد فأخذ أرشها ثم أجاز المولى البيع فالأرش للمشتري) لأن الملك قد تم له من وقت الشراء، فتبين أن القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد، والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى، فكذا إذا قطعت يد المشترى في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالأرش للمشتري، بخلاف الإعتاق

ـــــــQمنه وهو موقوف. الثاني أن طروء الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا عن الموقوف؛ لأن الدفع أسهل من الرفع، لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فإن ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك. وأجيب عن الأول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى إلى إبطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي، والمنع إنما يكون بعد الوجود، أما المالك إذا أجاز بيع

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٤٠٦/٦

الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فأبطل الموقوف لما ذكرنا أن الملك البات والموقوف **لا يجتمعان** في محل واحد، وفيه نظر؛ لأن ما يكون بعد الوجود رفع لا منع، وفي الحقيقة هو مغالطة فإن كلامنا في أن طروء الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال.

وقوله: (أما إذا أدى الغاصب الضمان) جواب عن الرابعة. وتقريره: أما إذا أدى الغاصب الضمان فلا نسلم أن إعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ، كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال: ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى. قال المصنف: وهو الأصح، ولئن سلم فنقول: هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند لمن يتملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه، وهاهنا إنما يستند الملك له إلى وقت العقد من جهة المجيز، والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن إثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد

قال (فإن قطعت يد العبد إلخ) إذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب وأخذ المشتري أرشها ثم أجاز المالك البيع فالأرش للمشتري؛ لأن الملك بالإجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء؛ لأن سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه، ولكن." (١)

"(والشهادة على مراتب: منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال) لقوله تعالى ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥] ولقوله تعالى ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ [النور: ٤] (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لحديث الزهري - رضي الله عنه -: مضت السنة من لدن رسول الله - عليه الصلاة والسلام - والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص، ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات

(ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢]

ــــــــلا يجتمعان القطع والضمان، وأحدهما حق الله تعالى والآخر حق العبد، والستر الكلي إبطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز. والإقدام على إظهار السرقة ترجيح حق الله الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة.

قال (والشهادة على مراتب) رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة، فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥] ولقوله تعالى ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ [النور: ٤] ولفظ أربعة نص في العدد والذكورة وأما الإسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها.

وأما اشتراط الأربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى بإشاعة الفاحشة (ولا تقبل شهادة النساء لحديث الزهري: «مضت السنة من لدن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والخليفتين يعني أبا بكر وعمر - رضي الله عنهما - من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص») وتخصيصهما بالذكر لما ورد في

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٧/٦٠

حقهما من قوله – صلى الله عليه وسلم – «اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر» (ولأن في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال) في غير الحدود، قال الله تعالى ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ [البقرة: ٢٨٢] على سياق قوله تعالى ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ [المائدة: ٨٩] وإنما قال شبهة البدلية؛ لأن حقيقتها إنما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع إمكان الأصل كالآية الثانية، وليس شهادتهن كذلك فإنها جائزة مع إمكان العمل بشهادة الرجلين، وإذا كان فيها شبهة البدلية (فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات) .

(ومنها الشهادة ببقية الحدود) كحد الشرب والسرقة وحد القذف (والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢] فإنه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مر من عموم اللفظ، وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ خلا أن باب." (١)

"بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه، والذكورة والأنوثة **لا يجتمعان** في واحدة، وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه.

ــــــــQوالثاني أن التوفيق وإن كان ممكنا ليس بمعتبر ما لم يصرح به فيما ثبت بالشبهات فكيف يعتبر إمكانه فيما يدرأ بها.

والجواب عن الأول أن ذلك إنما كان احتيالا لإثباته أن لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به أو لا، وأما إذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا لإثبات الحد لإمكان ثبوته بدونه؛ ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين أنه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله إلى مجلس الحكم، بخلاف الذكورة والأنوثة فإنهما يكلفان النقل بذلك؛ لأن القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافا في صلب الشهادة.

وعن الثاني بأنه جواب القياس؛ لأن القياس اعتبار إمكان التوفيق، أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وإمكانه فيما لم يكن فيه هذا، والله أعلم بالصواب (قوله: بخلاف الغصب) جواب عن مسألة الغصب بأن التحمل فيه بالنهار إذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه. وقوله: (والذكورة والأنوثة) جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما فإنهما **لا يجتمعان** في واحد،." (٢)

"قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به) لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به، وهذا لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء.

ــــــــQفإن الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطليق، فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار، فإن بدخول أحدهما لا يقع الطلاق، فكذا هاهنا. فإن قيل: ففي قوله طلقاها أيضا معلق بفعلهما، ويقع بإيقاع أحدهما. أجيب بالمنع، فإنه ليس فيه ما يدل على ذلك، بخلاف ما نحن فيه فإن فيه حرف الشرط وهو قوله إن شئتما. فإن قيل: فاجعله مثل قوله أمرها بأيديكما مفوضا إلى رأيهما. أجيب بأنه ليس بمحتاج إلى الرأي بخلاف الأمر باليد.

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٣٦٩/٧

(٢) العناية شرح الهداية البابرتي ٤٤٥/٧

قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به إلخ) وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف فيما وكل به، والتوكيل ليس بتصرف فيه، (قوله وهذا لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء) وفيه تشكيك، وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين وإلا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثاني أقوى رأيا من الأول. وأيضا الرضا برأي الوكيل ورد توكيله تناقض، لأن الوكيل الثاني لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه في رأي الأول لما وكله، فرد توكيله مع الرضا برأيه مما **لا يجتمعان**. ويمكن أن يجاب عنه بأن العبرة للقوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل، وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الأمور ولم يأذن له." (١)

"واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته ألفان، وإذا فديا خرج العبد عن المضاربة، أما نصيب المضارب فلما بيناه، وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة، بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة، ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية، ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام، بخلاف ما تقدم.

قال (فإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال) لأن المال أمانة في يده ولا يصير مستوفيا، والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وحكم الأمانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى، بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفيا، لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب،

ـــــــQواحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما) ولهذا عتق الربع إن كان العبد قريبه (وألف هو رأس المال) وقيد العين بالوحدة احترازا عما إذا كان عينين فإنه لا يظهر الربح لعدم الأولوية كما تقدم (فإذا فدياه خرج العبد عن المضاربة، أما نصيب المضارب فلما بيناه) أنه صار مضمونا عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فإنه يتضمن انقسام العبد بينهما) لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه (والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعني به ما إذا ضاع الألفان في المسألة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك (لأن جميع الثمن فيه على المضارب) لكونه العاقد، والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه.

وقوله (ولأن العبد كالزائل) لأنه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك (فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم) يريد به ما تقدم في المسألة المتقدمة، وهي ما إذا ضاع الألفان فإن العبد فيها على المضاربة

(فإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا وهلك قبل النقد إلى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لأن المال في يده أمانة) وقد هلك وقد بقي عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانيا (لا يصير) المضارب (مستوفيا لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون) وقبض

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٩٩/٨

المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة **فلا يجتمعان**، وإذا لم يكن مستوفيا كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يسقط عنه العهدة بوصول الثمن إلى البائع (بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء) فإنه لا يرجع إلا مرة واحدة (لأنه أمكن أن يجعل مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب) فإنه يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة، حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر أمينا فيه، وفيه نظر لأن الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبرا جميعا، وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لإثبات حكمين متنافيين، ولو غصب ألفا فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه، وعلى تقدير ثبوتها يحتاج إلى فرق دفعا للتحكم، ولأن المطلوب كونه مستوفيا والدليل إمكان ذلك والإمكان لا يستلزم الوقوع ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما، وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل، فإنه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل إذا رجع عليه بألف أخرى أصلا، فأما هاهنا فحق رب." (١)

"فكان مخالفا كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة.

قال: (وإن استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه، وإن بلغ فله الأجر) وهذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت؛ لأن عند ذلك التقييد غير مفيد، أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإن التقييد مفيد إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وإن كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) ؛ لأنه صح التقييد فصار مخالفا (وإن بلغ فله الأجر) ؛ لأنه ارتفع الخلاف معنى، وإن بقي صورة. قال: (وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وإن بلغ فله الأجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى.

قال: (ومن استأجر أرضا؛ ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها)

ـــــــQحنطة وحمل بوزنها شعيرا فإنه يضمن لأن الشعير ينبسط على ظهر الدابة أكثر من الحنطة (فكان مخالفا) وقوله (كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) فيه نظر، لأنه عكس ما نحن فيه من المثال، إلا إذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعدمه

(ومن استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره) فلا يخلو إما أن يكون ما سلكه مما يسلكه الناس أو لا فإن كان الأول، فإما أن يكون بين الطريقين تفاوت بأن يكون أحدهما أوعر أو أخوف أو نحو ذلك أو لا، فإن كان الثاني فلا ضمان عليه لأن التقييد إذ ذاك غير مفيد، وإن كان الأول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا. فإن قيل: محمد أطلق الرواية لأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد في هذا التفصيل.

أجاب بقوله (إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وإن كان الثاني: أعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا، وإذا بلغ فله الأجر لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة (وإن حمله في

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٤٧٩/٨

البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر) حتى أن للمودع أن يسافر الوديعة في طريق البر دون البحر (فإن بلغ فله الأجر) لأنه ارتفع الخلاف بحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وإن بقي صورة.

قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة إلخ) ومن استأجر أرضا لزراعة شيء فزرع مثله في الضرر بالأرض وما هو أقل منه يوجب الأجر لأنه موافقة أو مخالفة إلى خير وزرع ما هو أضر بها كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة فخالفه إلى شيء يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص، ويسقط الأجر لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان** إذ الأجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي." (١)

"فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار في الدار، ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر، فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب

(ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) وأصله أن الإجارة صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل. والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد. وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة، وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه.

(ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالا: هو ضامن) ؛ لأنه أكل مال المالك بغير إذنه، إذ الإجارة قد صحت على ما مر. وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز؛ لأن التقوم به، وهذا غير محرز في حق الغاصب؛ لأن العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده.

ــــــــQقوله فلا بد من اشتراطه) متعلق بقوله فلا ينتظمها الإطلاق (ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر) فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين (فإذا تعينت الخدمة في الحضر عرفا لا يبقى غيرها داخلا كما في الركوب) فإنه إذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك هاهنا

(ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا) فعمل (فأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يسترد منه الأجر استحسانا. وفي القياس له ذلك لأنه يقتضي أن لا تصح الإجارة لانعدام إذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستأجر غاصبا بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (فصار كما إذا هلك العبد) فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر لأنه ضامن بالغصب، والأجر والضمان **لا يجتمعان**

(وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة، وإذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترده منه)

قال (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه إلخ) ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله لم يضمن عند أبي حنيفة، وقالا: هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه، إذ الإجارة قد صحت على ما مر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع، والمحجور مأذون في المنافع. ولأبي حنيفة أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوم بالإحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب، إذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده، وهذا لأن الإحراز إنما يكون بيد المالك

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٩/٩٠

أو يد نائبه، ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لأنه في يد الغاصب. فإن قيل: الغاصب إذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا." (١)

"قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة، إلا أن يكرهه السلطان، وقال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد) وقد ذكرناه في الحدود.

ـــــــــــمن البينونة، ولا شيء على المكره للزوج لأنه أتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به.

فإن قيل: إن خالعها وهي غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيد ما كان على شرف السقوط أو لا؟ قلنا: لا يخلو أما إن ساق الزوج المهر إليها كله أولا، فإن ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق، أما عندهما فظاهر، لأن الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح. وأما عند أبي حنيفة – رحمه الله – فلأنه وإن أوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الإكراه لا تصح، وإن لم يسق رجع عندهما خلافا له لأنه غير مكره في هذه الصورة على البراءة.

قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد) قال أبو حنيفة أولا: إن أكرهه أحد على الزنا فزنى وجب عليه الحد لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار آلته وذلك لا يكون إلا بلذاذة وذلك دليل الطواعية، بخلاف المرأة فإنها محل الفعل، ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية. ثم رجع وقال: لا حد عليه إذا كان المكره هو السلطان، لأن الحد للزجر ولا حاجة مع الإكراه، لأن الانزجار كان حاصلا إلى إن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة، فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه، وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لأنه أمر طبيعي ينشر من النائم من غير اختيار. وهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه لا يلزمه الحد. وأما تقييد الإكراه بالسلطان فقد قيل إنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب، وقيل من قبيل اختلاف الحكم.

ووجه قولهما أن المعتبر في الإكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الإيقاع، وخوف المكره الوقوع كما مر، وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا، لأن السلطان يعلم أن لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء إلى السلطان فيعجل في الإيقاع، ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه، إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان، فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له، ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يحسب لها المهر، لأن الحد والمهر **لا يجتمعان** عندنا بفعل واحد، وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما، فإن سقط الحد وجب المهر إظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك. أما الأول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها. وأما الثاني فلأن الإذن له ليس يحل الوطء فكان إذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا.." (٢)

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ١٣٩/٩

(٢) العناية شرح الهداية البابرتي ٢٤٩/٩

"القود على الحاز فصار كتخلل البرء، بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد، وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة، ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة **ولا يجتمعان**. أما القطع والقتل قصاصا يجتمعان.

قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الأرش وإن بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة، وكذلك كل

ــــــQقال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: يشير إلى أن الخيار للإمام عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وليس كذلك بل الخيار للولي، فعلى هذا يكون قوله فإن شاء الإمام معناه يبين لهم أن لهم الخيار، قالا: الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما، وقال: بل الجمع متعذر إما للاختلاف بين الفعلين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع إذ ذاك عن الجزاء، وإما لأن الحز يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدرا من شخصين وجب القود على الحاز، وإذا انقطع إضافة السراية إليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق، بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد، وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة. وقوله (ولأن أرش اليد) دليل آخر على جواز الجمع إذا كانا خطأين.

وتقريره: أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل: يعني القطع بانقطاع توهم السراية، وذلك إنما يكون بالجز القاطع للسراية، فأرش اليد إنما يجب بالحز القاطع للسراية، وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الحز، وفي ذلك تكرار دية اليد لأن ضمان الكل يشملها والتكرار فيه غير مشروع **فلا يجتمعان**. فإن قيل: قصاص اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة **فلا يجتمعان**. قلنا: بل يجتمعان لأن مبنى القصاص المساواة، وهي إنما تتحقق باجتماعهما، وهذا في غاية التحقيق لأن العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد، وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه، وأما الخطأ فمبناه على التخفيف، ألا ترى أن الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين، فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبا.

قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ إلخ) ومن ضرب رجلا تسعين سوطا في مكان وعشرة في مكان فبرئ من تسعين وسرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب. وقوله (وكذا كل." [١]

"فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية. وهذا الوضع يرد إشكالا فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك، وهاهنا قال يجب. قيل ما ذكر هاهنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان. وقيل بينهما فرق، ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا، فبعد ذلك وإن بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص.

أما هاهنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة، هذا إذا لم

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ١٠/٢٥٠

يعتقه، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل.

قال (وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان: قيمة لصاحب الدين، وقيمة لأولياء الجناية) لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد: الدفع للأولياء، والبيع للغرماء، فكذا عند الاجتماع. ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن

ــــــــQوذكر في بعض نسخ هذا الكتاب: أي كتاب الجامع الصغير هذه المسألة على خلاف هذا الوضع، وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية، وبعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة. وقوله (إلى آخر ما ذكرنا) يعني وإن لم يعتقه رد إلى مولاه ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو. وقوله (وهذا الوضع يرد إشكالا) قيل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة، وإنما خص هذا الوضع بورود الإشكال لأنه دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لأنه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو، ولا كذلك الوضع الأول لأن الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع، فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شيء فلا يرد إشكالا على مسألة العفو، وقيل هذا الوضع: أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد إشكالا فيما إذا عفا عن اليد وسرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك، وهاهنا قال يجب. واختلف المشايخ - رحمهم الله - في الجواب عن ذلك، فقال بعضهم: ما ذكر هاهنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان: يعني وجوب القصاص في هذه المسألة على النسختين جواب القياس، وفي الاستحسان تجب الدية، وفي مسألة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان، وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسألة وتلك على القياس والاستحسان، فاندفع التدافع وحصل التوافق، وقال بعضهم: بينهما فرق، وهو أن العفو عن اليد صح ظاهرا، لأن الحق له كان في اليد من حيث الظاهر (فيصح العفو ظاهرا) وتبطل به الجناية كذلك لأن العفو عنها يبطلها (فبعد ذلك وإن بطل العفو بالسراية حكما يبقى موجودا حقيقة) وذلك كاف لمنع وجوب القصاص (أما هاهنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم تمتنع الجناية لم يمتنع العقوبة، هذا إذا لم يعتقه، أما إذا أعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل) وهو قوله لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده إلخ.

وقوله (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية) يعني إذا كانت القيمة أقل من الأرش.

وقوله (أتلف حقين) واضح. وقوله (ويمكن الجمع بين الحقين) جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين **فلا يجتمعان** ليكون الإتلاف واردا عليهما. ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضا من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الإتلاف واردا عليهما فيضمنهما به والأصل أن العبد إذا جنى وعليه." (١)

"قيمتها) يعني مع الأجرة وهذا إذا كانت الدابة تطيق حملهما أما إذا كانت لا تطيق ضمن كل القيمة كذا في المستصفى وقيد بقوله فأردف رجلا؛ لأنه إن أردف صبيا لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل، وإن كان يستمسك فهو

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ١٠/٣٤٧

كالرجل، وإنما ضمن نصف قيمتها ولم يعتبر الثقل؛ لأن الدابة قد يضرها حمل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسة. (قوله: وإن استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) لأنها عطبت بما هو مأذون وغير مأذون والسبب الثقل فانقسم عليهما إلا إذا كان حملا لا تطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيه أصلا لخروجه عن عادة طاقة الدابة قال في شرحه لا أجرة عليه في قدر الزيادة؛ لأنه استوفى منفعتها فيه من غير عقد.

وقوله " الثقل " بكسر الثاء وتحريك القاف ولو استأجر دابة إلى مكان فجاوز ذلك المكان فإنه يصير مخالفا وبالخلاف صار ضامنا، ثم إذا عاد وسلم الدابة إلى صاحبها فإنه يجب الأجرة للذهاب ولا يجب عليه شيء للمجيء إذا كان قد استأجرها ذاهبا وجائيا؛ لأنه لما جاوز المكان صار مخالفا فيجب عليه الضمان، والأجرة والضمان **لا يجتمعان** عندنا قال في الهداية إذا استأجر دابة إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية، ثم ردها إلى الحيرة فنفقت فهو ضامن وكذا العارية فقيل: تأويل هذه المسألة إذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا إلى يد المالك معنى أما إذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق فإنه يرتفع عنه الضمان وقيل الجواب مجرى على الإطلاق وهو الأصح ولو استأجر دابة إلى مكان معلوم فلم يذهب بها وجلس في داره حتى مضت المدة فعطبت يجب عليه الضمان بحبسه لها ولا أجرة عليه؛ لأنه حبسها في موضع غير مأذون فيه وكذا إذا استأجرها إلى موضع معلوم فركبها إلى موضع آخر فإنه يضمن إذا هلكت، وإن كان أقرب منه؛ لأنه صار مخالفا ولا أجرة عليه، وإن استأجرها إلى مكان معلوم فذهب من غير الطريق العام إن كان الناس يسلكونه لا يصير مخالفا، وإن سلك طريقا لا يسلكه الناس فإنه يضمن إذا هلكت.

وإذا لم تهلك وبلغ الموضع المعلوم، ثم رجع وسلم الدابة إلى صاحبها فإنه يجب عليه الأجرة المسماة ولو استأجرها إلى مكان معلوم ليركبها فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها شيئا فإنه يجب عليه الأجرة وكذا إذا استأجر دارا ليسكنها فسلم المفاتيح إليه ومضت المدة فإنه يجب عليه الأجرة سواء سكنها، أو لم يسكن إلا إذا منعه مانع من سلطان، أو غيره، وإذا عطبت الدابة المستأجرة، أو العبد المستأجر من غير تعد ولا خلاف ولا جناية فلا ضمان عليه؛ لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر سواء كانت العين المستأجرة في الإجارة الصحيحة، أو الفاسدة فإنها أمانة ولو استأجر دابة ليركبها عريا فليس له أن يركبها إلا عريا ولو استأجرها ليركبها بسرج لم يركبها عريا، وإن استأجرها للحمل لم يجز أن يركبها، وإن استأجرها للركوب لم يجز أن يحمل عليها متاعا ولا يجوز أن يستلقي عليها، ولا يتكئ على ظهرها بل يكون راكبا على العرف، والعادة فإن انقضت الإجارة هل يجب على المستأجر رد الدابة من غير طلب من صاحبها قال بعضهم: لا يلزمه من غير مطالبة؛ لأنها أمانة كالوديعة وقال بعضهم يلزمه ذلك؛ لأنه بعد الفراغ غير مأذون له في إمساكها فلزمه الرد فإن حبسها في بيته بعد استيفاء منفعتها حتى تلفت إن كان حبسها لعذر لم يضمن، وإلا ضمن.

. (قوله: فإن) (كبح الدابة بلجامها) أي جذبها إلى نفسه بعنف. (أو ضربها فعطبت) (ضمن عند أبي حنيفة)." (١)

"السفر أما إذا كان على هيئة السفر ففيه اختلاف المشايخ، وأما إذا كان مسافرا واستأجره فله أن يسافر به فإذا استأجره في المصر للخدمة وسافر به من غير شرط فتلف في يده ضمنه ولا أجرة عليه؛ لأنه خالف فخرج عن العقد فصار مستخدما لعبد غيره بغير عقد، وإنما لم تلزمه الأجرة؛ لأن الأجرة والضمان **لا يجتمعان** فإن استأجره ليخدمه يوما فله أن يستخدمه من طلوع الفجر إلى أن ينام الناس بعد العشاء الآخرة وله أن يكلفه كل شيء من خدمة البيت مثل غسل ثوبه وطبخ لحمه وعجن دقيقه وعلف دابته وحلبها - إن كان يحسنه - واستقاء الماء من البئر، وإنزال متاعه من السطح ورفعه إلى السطح وخدمة أضيافه؛ لأن هذه الأشياء من الخدمة كذا في شرحه ويكره أن يستأجر امرأة أو أمة للخدمة ويخلو بها؛ لأنه لا يأمن على نفسه الفتنة، وإذا أجر عبده سنة فلما مضت ستة أشهر أعتقه جاز عتقه ويكون العبد بالخيار إن شاء مضى على الإجارة، وإن شاء فسخها؛ لأنه ملك نفسه بالحرية فإن مضى عليها وأجازها فليس له بعد ذلك أن ينقضها، وتكون أجرة ما بقي من السنة للعبد وأجرة ما مضى للمولى، وإن كان المولى قد قبض أجرة السنة كلها سلفا ثم أعتق العبد فاختار المضي على الإجارة فالأجرة كلها للمولى؛ لأنه قد ملكها بالتعجيل ويثبت حق الفسخ للعبد فإذا لم يفسخ استحقت الأجرة على الوجه الذي اقتضاه القبض كذا في الكرخي ولو أجر أم ولده فمات في المدة عتقت ولها الخيار كما في العبد إذا أعتق؛ لأنها عتقت بموته.

(قوله: ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة جاز) وهو على الذهاب خاصة.
وفي الغاية على الذهاب، والمجيء. (قوله: وله المحمل المعتاد) ولا بد من تعيين الراكبين، أو يقول على أن أركب من أشاء أما إذا قال استأجرت على الركوب فالإجارة فاسدة وعلى المكاري تسليم الحزام، والقتب والسرج، والبرة التي في أنف البعير واللجام للفرس، والبردعة للحمار فإن تلف منه شيء في يد المكتري لم يضمنه كالدابة، وأما المحمل، والغطاء فهو على المكتري، وعلى المكتري إشالة المحمل، وحطه وسوق الدابة وقودها وعليه أن ينزل الراكبين للطهارة وصلاة الفرض ولا يجب للأكل وصلاة النفل؛ لأنه يمكنهم فعلهما على الظهر وعليه أن يبرك الجمل للمرأة، والمريض والشيخ الضعيف. (قوله: وإن شاهد الجمال المحمل فهو أجود) لأن الجهالة تنتفي بمشاهدة المحمل وهو الهودج يقال فيه محمل بكسر الميم الأولى وفتح الثانية ويقال فيه بالعكس أيضا. (قوله: وإن استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فأكل منه في الطريق جاز أن يرد عوض ما أكل) وكذا إذا سرق الزاد أو شيء منه جاز أن يرد عوضه قال في الهداية: وكذا غير الزاد من المكيل، والموزون.

قوله: (والأجرة لا تجب بالعقد) أي لا يجب أداؤها؛ لأن العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع، والعقد معاوضة، ومن قضية المعاوضة المساواة، وإذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الأجرة لتحقق التسوية وكذا إذا شرط التعجيل، أو عجل من غير شرط ولو استأجر دارا سنة بعبد معين ولم يقبضه المؤجر فأعتقه المستأجر قبل مضي المدة صح عتقه وعليه

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري الحدادي ١/٢٦٣

قيمته ولو أعتقه المؤجر لا يصح؛ لأنه لا يملكه بمجرد العقد ولو قبضه المؤجر فأعتقه نفذ عتقه.
(قوله: ويستحق بأحد معان ثلاثة إما أن يشترط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه) وقال الشافعي يملك بنفس العقد وفائدة الخلاف فيما إذا كانت الأجرة عبدا بعينه فأعتقه المؤجر بعد العقد قبل استيفاء المنفعة فعندنا لا يعتق وعنده يعتق، ثم المؤجر إذا شرط تعجيل الأجرة في العقد كان له حبس الدار حتى يستوفي الأجرة؛ لأن المنافع كالمبيع، والأجرة كالثمن فكما وجب حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن فكذا يجب حبس المنافع حتى يستوفي الأجرة المعجلة وقوله: أو بالتعجيل من غير شرط فإذا عجل، ثم انفسخت الإجارة له أن يحبس العين المستأجرة بالأجرة إلا أنه لا يضمنها إذا هلكت قال في شرحه: إذا عجل المستأجر الأجرة ملكها المؤجر كالدين المؤجل إذا عجله.
فعلى هذا إذا استأجر دارا بعبد بعينه ودفعه إلى صاحب الدار فأعتقه صاحب الدار نفذ عتقه؛ لأنه ملكه بالتعجيل فإن انهدمت الدار قبل قبضها، أو استحقت أو مات." (١)
"ذلك لم يصح اللعان.

(قوله فإذا التعنا فرق الحاكم بينهما) ولا تقع الفرقة حتى يقضي بالفرقة على الزوج فيفارقها بالطلاق فإن امتنع من ذلك فرق القاضي بينهما وقبل أن يفرق الحاكم لا تقع الفرقة والزوجية قائمة يقع طلاق الزوج عليها وظهاره وإيلاؤه ويجري التوارث بينهما إذا مات أحدهما وقال زفر إذا فرغا من اللعان وقعت الفرقة من غير تفريق القاضي، ولو أنهما امتنعا من اللعان بعد ثبوته أو امتنع أحدهما أجبرهما الحاكم عليه، ولو أنها جنت بعدما التعن الزوج قبل أن تلتعن هي سقط اللعان ولا حد، ولو أنهما لما فرغا من اللعان سألا القاضي أن لا يفرق بينهما لم يجبهما إلى ذلك ويفرق بينهما، ولو أن القاضي بدأ بلعان المرأة ثم بعد ذلك بالزوج فإنه ينبغي له أن يأمر المرأة أن تلتعن ثانيا فإن لم يأمرها وفرق بينهما تقع الفرقة، ولو أنهما التعنا فلم يفرق بينهما حتى مات أو عزل ونصب غيره فإن الحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.
وقال محمد لا يستقبل، ولو قذفها الزوج فلم يلتعنا حتى طلقها ثلاثا أو تطليقة بائنة فلا حد ولا لعان؛ لأن اللعان تعذر من طريق الحكم؛ لأن اللعان موضوع لقطع الفراش وقد انقطع بالطلاق فلا معنى للعان وإن كان الطلاق رجعيا تلاعنا؛ لأن الزوجية باقية وإن تزوجها بعد الطلاق فأخذته بذلك القذف فلا حد ولا لعان؛ لأن كل واحد من النكاحين ينفرد بحقوقه عن الآخر واللعان من أحكام النكاح الأول فلم يجز أن يتلاعنا في نكاح بقذف في نكاح آخر قال الخجندي إذا قذفها ثم أبانها فلا حد ولا لعان أما سقوط الحد فلأن القذف أوجب اللعان وأما اللعان فلأن الزوجية قد زالت وإن قذفها ثم طلقها طلاقا رجعيا تلاعنا لقيام الزوجية وإن طلقها طلاقا بائنا ثم قذفها بالزنا فعليه الحد؛ لأنها أجنبية وإن قال لامرأته يا زانية أنت طالق ثلاثا فلا حد عليه ولا لعان؛ لأن اللعان سقط بزوال الملك؛ لأن من شرط اللعان الزوجية وقد زالت بالطلاق وإذا سقط اللعان من طريق الحكم لم ينتقل إلى الحد، ولو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية وجب عليه الحد؛ لأنه

---
(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري الحدادي ١/٢٦٦

قذفها بعد الإبانة (قوله وكانت الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد) ؛ لأنها بتفريق القاضي كما في العنين ولها النفقة والسكنى في عدتها ويثبت نسب ولدها إلى سنتين إن كان معتدة وإن لم تكن معتدة فإلى ستة أشهر (قوله وقال أبو يوسف تحريما مؤبدا) لقوله – عليه السلام – «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» وهما يقولان معنى الحديث ما داما متلاعنين فأما إذا كذب نفسه لم يبق التلاعن بعد الإكذاب.

(قوله فإن كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه) ويشترط في نفي الولد أن تكون المرأة من أهل الشهادة من حين العلوق إلى حين الوضع حتى لو كانت كتابية أو أمة حين العلوق ثم أسلمت وأعتقت لا يصح نفي الولد؛ لأنها لما علقت وليست من أهل اللعان ثبت نسب ولدها ثبوتا لا يلحقه الفسخ فلا يتغير بعد ذلك بتغير حالها؛ لأن ولد الزوجة لا ينتفي إلا باللعان، ولو نفى ولد الحرة فصدقته فلا حد على الزوج ولا لعان وهو ابنهما لا يصدقان على نفيه؛ لأن النسب حق للولد والأم لا تملك إسقاط حقوق ولدها ولا يجوز أن يلاعنها مع تصديقها له في القذف، ألا ترى أنه يستحيل أن تشهد بالله إنه لمن الكاذبين وقد قالت إنه صادق وصورة اللعان بنفي الولد أن يأمر الحاكم الزوج فيقول أربع مرات أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد فكذا في جانب المرأة، ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الأمرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه فيقول قد ألزمت الولد أمه وأخرجته من نسب الأب ثم إنه بعد ما قطع نسبه من الأب جميع أحكام نسبه باقية من الأب سوى الميراث والنفقة حتى إن شهادة أحدهما للآخر لا تقبل ودفع زكاة أحدهما إلى الآخر لا تجوز وإن كانت ابنة فتزويجه لها لا يجوز ولا يجوز تزويج الولد لبنت الزوج ولا يجوز لأحد غير الملاعن أن يدعي." (١)

"المالك الضمان ويترك القطع فيتخلص السارق برد العين من الضمان أما بعد القطع فلا يلزمه ضمان فلا حق له في المطالبة ويجوز أن يقال يثبت له أيضا المطالبة بعد القطع لأنه يتخلص برد العين من الضمان الواجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى كذا في الكرخي وإذا هلك الرهن في يد السارق من المرتهن فللمرتهن أن يقطع السارق ولا سبيل للراهن عليه لأنه لم يبق له يد ولا حق في العين لأنه يسقط عنه الدين بهلاكها فلم يثبت له المطالبة.

قوله: (فإن وهبها من السارق أو باعها منه أو نقصت قيمتها عن النصاب لم يقطع) وكذا إذا ملكها بميراث سقط القطع، والمعنى في الهبة بعد ما سلمت وسواء كان ذلك كله قبل الترافع أو بعده.

وقال أبو يوسف: إذا وهبها له أو باعها منه أو نقصت قيمتها بعد الترافع لم يسقط القطع، ولو رد السارق السرقة قبل الترافع إلى الحاكم فلا قطع عليه وإن ردها بعد ذلك قطع، ولو أمر الحاكم بقطع السارق فعفا عنه المسروق منه كان عفوه باطلا لأن القطع حق الله فلا يصح العفو عنه وإن قال: شهدت شهودي بزور أو لم يسرق مني أو العين المسروقة له لم يقطع وإن سرق من رجل مالا ثم رده إليه قبل المرافعة ثم أقام عليه البينة لم يقطع لأنه إذا رد المال سقطت الخصومة، والمطالبة

---

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري الحدادي ٧١/٢

فإن لم يرده إلى المالك ولكن دفعه إلى أبيه أو أخيه أو عمه أو خاله إن كانوا في عياله لم يقطع لأن يدهم يده وإن لم يكونوا في عياله قطع وقيل: إن دفعه إلى والديه أو جديه لم يقطع وإن لم يكونوا في عياله.
وفي الينابيع: وكذا إلى امرأته أو عبده سواء كانوا في عياله أم لا وإن دفعها لي مكاتبه لم يقطع أيضا وإن دفعها إلى من في عيال أبيه لم يسقط عنه القطع.

قوله: (ومن سرق عينا فقطع فيها وردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع) .
وقال زفر يقطع وإذا لم يقطع عندنا وجب الضمان بخلاف ما إذا زنى بامرأة فحد ثم عاد فزنى بها حد أيضا ثانيا، والفرق أن في السرقة إذا سقط القطع وجب ضمان المال عوضا عنه، وفي الزنا إذا سقط الحد لم يضمن عين المرأة قوله: (وإن تغيرت عن حالها مثل إن كانت غزلا فسرقه فقطع فيه فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع) وهذا لا خلاف فيه لأن العين قد تبدلت ولهذا إذا غصب غزلا فنسجه ثوبا انقطع حق صاحبه عنه وملكه الغاصب ولزمه قيمة الغزل، ولو سرق نقرة فضربها دراهم أو دنانير فإنه يقطع، والدراهم، والدنانير إلى صاحبها عند أبي حنيفة، ولو سرق ثوبا فقطعه وخاطه يكون للسارق بعد أن قطعت يده ولا ضمان عليه لأن العين زالت عن ملك المسروق منه، والتضمين متعذر لأجل قطع يده إذ القطع، والضمان **لا يجتمعان**، ولو سرق ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر فقطعت يده فعندهما يكون للسارق وينقطع حق صاحبه عنه.
وقال محمد: يؤخذ الثوب منه ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب، ولو صبغه أسود أخذ منه ناقصا عند أبي حنيفة لأن السواد عنده نقصان وعند أبي يوسف لا يؤخذ منه مثل العصفر وعند محمد يؤخذ منه ويعطى ما زاد الصبغ فيه وإن سرق فضة أو ذهبا فقطع فيها ثم ردها على صاحبها فجعلها آنية أو كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد فسرقها لم يقطع عند أبي حنيفة لأن العين لم تتغير عنده، وقالا يقطع لأنها تغيرت عندهما.

. قوله: (وإذا قطع السارق، والعين قائمة في يده ردت على صاحبها) وكذا إذا كان السارق قد باعها أو وهبها أو تزوج عليها وهي قائمة في يد من هي في يده فإنها ترد إلى صاحبها لأنها على ملكه وتصرف السارق فيها باطل وكذا إذا فعل هذا بعد القطع لأن القطع لا يزيل ملك الغير قوله: (وإن كانت هالكة لم يضمنها) وكذا إذا كانت مستهلكة في المشهور لأنه لا يجتمع الضمان، والقطع عندنا وعن أبي حنيفة يضمن بالاستهلاك، وقال الشافعي: يضمن في الوجهين وعن محمد أنه قال: يلزمه الضمان فيما بينه وبين الله ولا يلزمه في القضاء، ولو قطعت يد السارق ثم استهلك المال غيره كان لصاحبه أن يضمن المستهلك وإن أودعه السارق عند غيره فهلك في يده لا يضمنه المودع ومن سرق سرقات فقطع لأحدها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند أبي حنيفة لأن الواجب بالكل قطع واحد لأن مبنى الحدود على التداخل وعندهما يضمن كلها إلا التي قطع لها ومعنى المسألة إذا حصر أحدهم فإن حصروا جميعا وقطعت يده." (١)

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري الحدادي ١٧١/٢

"السكنى أجناس معنى نظرا إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح إلى القاضي وفي التقييد بقوله في مصر واحد إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين **لا يجتمعان** في القسمة عندهما وهي رواية هلال عنهما وعن محمد تقسم إحداهما في الأخرى والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت في محلة أو في محال لأن التفاوت فيما بينهما يسير.

(قوله وإذا كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدته) لاختلاف الجنس لأن الدار والضيعة جنسان وقد بينا أن الجنسين لا يقسم بعضهما في بعض لأن القسمة تمييز أحد الحقين من الآخر ولا اختلاط بين الجنسين ثم إن الشيخ – رحمه الله – جعل الدار والحانوت جنسين وهكذا ذكر الخصاف.
وفي الأصل ما يدل على أنهما جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان.

(قوله وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) ليمكنه حفظه يعني يكتب على كل كاغدة: نصيب فلان كذا ونصيب فلان كذا ليرفع تلك الكاغدة إلى القاضي حتى يتولى الإقراع بينهم بنفسه.
وفي الحواشي معناه يصور ما يقسمه قطعا ويسويه على سهام المقسوم عليهم ويعتبر أقل الأنصباء حتى لو كان سدسا جعله أسداسا وإن كان ربعا جعله أرباعا ليمكن القسمة وإن كان لأحدهم سدس ولآخر ثلث وللآخر نصف جعله ستة أسهم ويلقب نصيبا بالأول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ويكتب أساميهم ويجعلها قرعة ويلقيها في كمه فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول إن كان يفي بسهمه فإن كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الأول وإن كان صاحب الثلث فله الأول والذي يليه وإن كان صاحب النصف فله الأول واللذان يليانه.
(قوله ويعدله) أي من حيث الصورة والقيمة أي يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله بالزاي أي يقطعه بالقسمة عن غيره.
(قوله ويذرعه) ليعرف قدره.
(قوله ويقوم البناء) يعني إذا كان يحتاج إلى التقويم ثم قال في الهداية يقوم البناء لحاجته إليه إذ البناء يقسم على حدة فيقوم حتى إذا قسمت الأرض بالمساحة ووقع في نصيب أحدهم يعرف قيمة الدار ليعطي الآخر مثل ذلك.
(قوله ويفرز كل نصيب عن الثاني بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق) فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام.
(قوله ثم يكتب أسماءهم ويجعلها قرعة ثم يلقب نصيبا بالأول والذي يليه بالثاني والذي يليه بالثالث وعلى هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والقرعة ليست بواجبة وإنما هي لتطييب الأنفس وسكون القلب ولنفي تهمة الميل حتى أن القاضي لو عين لكل واحد منهم نصيبا من غير إقراع جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام." (١)

---

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري الحدادي ٢/٢٥٠

"أبي يوسف لا يجوز عن أبي حنيفة مثل قول محمد قال أبو يوسف لا ينبغي للوالي أن يزيد على وظيفة عمر.
وقال محمد لا بأس بذلك إذا كانت أراضيهم تحمل أكثر من ذلك فإن أخرجت الأرض قدر الخراج أخذ نصفه وإن أخرجت مثلي الخراج أخذ الخراج كله ويؤخذ الخراج من أرض النساء والصبيان والمجانين

قوله (وإن غلب على أرض الخراج الماء وانقطع عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليهم) ؛ لأنه فات التمكن من الزراعة وكذا إذا كانت الأرض نزة أو سبخة وقوله أو اصطلم الزرع آفة يعني إذا ذهب كل الخارج أما إذا ذهب بعضه قال محمد إن بقي مقدار الخراج ومثله بأن بقي مقدار قفيزين ودرهمين يجب الخراج وإن بقي أقل من مقدار الخراج أخذ نصفه قال مشايخنا والصواب في هذا أن ينظر أولا ما أنفق هذا الرجل في هذه الأرض ثم ينظر إلى الخارج فيحسب ما أنفق أولا من الخارج فإن فضل منه شيء أخذ منه على نحو ما بيناه وما ذكر في الكتاب أن الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الأرض أما إذا بقي ذلك فلا يسقط الخراج كذا في الفوائد وقوله أو اصطلم الزرع آفة يعني سماوية لا يمكن الاحتراز عنها كالاحتراق ونحوه أما إذا كانت غير سماوية ويمكن الاحتراز عنها كأكل القردة والسباع والأنعام ونحوه لا يسقط الخراج على الأصح وذكر شيخ الإسلام أن هلاك الخارج قبل الحصاد يسقط الخراج وهلاكه بعد الحصاد لا يسقطه ولو مات صاحب الأرض بعد تمام السنة لم يؤخذ خراج الأرض من تركته عند أبي حنيفة وأبي يوسف وذكر في زكاة الأصل أنه يؤخذ من تركته بخلاف العشر فإنه لا يسقط بموت من هو عليه في ظاهر الرواية وفي رواية ابن المبارك يسقط قوله (وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج) ؛ لأنه متمكن من الزراعة وهو الذي فوت الزراعة وهذا إذا كان الخراج موظفا أما إذا كان خراج مقاسمة لا يجب شيء كذا في الفوائد ومن انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى؛ لأنه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كي لا تتجرأ الظلمة على أخذ مال المسلمين كذا في الهداية

[حكم من أسلم من أهل الخراج]
قوله (ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) لأن الأرض اتصفت بالخراج فلا تتغير بتغير المالك

قوله (ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج ولا عشر في الخارج من أرض الخراج) يعني إذا اشترى المسلم أرض الخراج فعليه الخراج لا غير ولا عشر عليه ولا يجتمع خراج وعشر في أرض واحدة وعند الشافعي يجمع بينهما؛ لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان فقوله حقان مختلفان يعني أن أحدهما مؤنة في معنى العقوبة وهو الخراج والثاني مؤنة في معنى العبادة وهو العشر وقوله في محلين مختلفين يعني أن محل الخراج الذمة ومحل العشر الخارج وقوله بسببين مختلفين فسبب وجوب العشر النماء الحقيقي وهو وجود الخارج وسبب الخراج النماء التقديري وهو التمكن من الزراعة ولنا قوله – عليه السلام – «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم» ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما كما إذا اشترى أحدهما أرض عشر أو أرض خراج للتجارة كان فيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة

[الجزية على ضربين]

قوله (والجزية على ضربين جزية." (١)

"في "شهرا عيد لا ينقصان"

عن خلد الحذاء عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "شهرا عيد لا ينقصان رمضان وذو الحجة" يعني العبادة فيهما كاملة تامة في الصوم والحج وإن كانا ناقصين في العدد كما لها فيهما لو كانا ثلاثين ثلاثين ولا يصح حمله على نقصان العدد لوجود النقصان فيهما عددا وفي أحدهما دون الآخر مع أن قوله صلى الله عليه وسلم: "صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته" الحديث يحقق النقصان في بعض السنين وروى هذا الحديث عبد الرحمن بن إسحاق عن عبد الرحمن بن أبي بكرة على خلافه فقال فيه كل شهر حرام ثلاثون يوما وثلاثون ليلة وليس بشيء لأن عبد الرحمن ابن إسحاق لا يقاوم خالد الحذاء ولأن العيان يدفعه قال القاضي ولو صح لكان معناه في الأجر والثواب ويحتمل أن يكون شهرا عيد لا ينقصان كان في عام بعينه ويحتمل أن يكون على الأعم الأغلب لأنهما **لا يجتمعان** ناقصين في عام واحد إلا نادرا والله أعلم.." (٢)

"أبدا وهي مختلف فيها فقال مثل قوله مالك وأبو يوسف وقال أبو حنيفة ومحمد أنه لا يتزوجها ما كان مقيما على قوله ومتى رجع عنه وأكذب نفسه فحد لذلك جاز له أن يتزوجها ولا حجة في قوله: "لا سبيل لك عليها" لأنه إنما قاله جوابا له في طلبه منها المهر الذي دفعه إليها.

قال الطحاوي: وكان سعيد بن جبير الذي عليه مدار الحديث يقول إذا لاعن الرجل امرأته وفرق بينهما ثم أكذب نفسه ردت إليه امرأته ما كانت في العدة ومذهب الشافعي أن تأويل الراوي هو المعتبر كما استدل في الفرقة بعد البيع على مراد النبي صلى الله عليه وسلم بتأويل ابن عمر بأنه كان يفعله وجعل قول ابن عمر فيما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد إن ذلك في الأموال حجة له في ذلك حتى لا يكون حجة عنده إلا في الأموال خاصة وفيه نظر لأن الشافعي قاله في الصحابة وقد احتج بعض من ذهب إلى أن المتلاعنين **لا يجتمعان** أبدا بقول الزهري عقيب وسعيد بن جبير تابعي روايته عن سهل حضور ملاعنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الزوجين فمضت السنة أنهما إذا تلاعنا فرق بينهما ثم **لا يجتمعان** أبدا ولا حجة فيه إذ يجوز أنه أراد مادام الملاعن على قذفه ولم يكذب نفسه يدل عليه أنه قد روي عنه أن المتلاعنين لا يتراجعان أبدا إلا أن يذكب نفسه فيجلد الحد ويظهر براءتها فلا جناح عليهما أن يتراجعا وقاله قبله سعيد بن المسيب روى عنه أنه قال: أن الملاعن إذا أكذب نفسه ردت امرأته يريد بتزويج جديد وهو قول إبراهيم أن ضرب بعد ذلك يعني الملاعن فهو خاطب من الخطاب يتزوجها إن شاء وشاءت وما روي عن عمر وابن مسعود أن المتلاعنين **لا يجتمعان** أبدا محمول على ما إذا كان باقيا على دعواه ولم يرجع وهذا القول أولى لأن العلة الموجبة لللعان

---

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري الحدادي ٢/٢٧٣

(٢) المعتصر من المختصر من مشكل الآثار المَلَطي، جمال الدين ١/١٥١

الموجب للفرقة ثبوت الزوج على مقاله بدليل أنه لو رجع عنه قبل اللعان فحد لم تكن فرقة فلذلك إذا رجع بعد اللعان زال حكم اللعان الموجب للفرقة بزوال العلة ووسعهما الاجتماع.." (١)

"قال: "وإن رغم أنف أبي الدرداء"، وعن مجاهد: ﴿ولمن خاف مقام ربه جنتان﴾ الرجل يهم بالمعصية فيذكر مقام الله فيدعها ومعنى الحديث وإن زنى وإن سرق ثم زال عن تلك الحال إلى حال الخوف لله فرد السرقة على صاحبها لأن الخوف من الله يمنع من صغير معاصي الله وكبيرها فهما حالان متضادان **فلا يجتمعان** فلابد من الانتقال إلى الحال المحمودة التي يرجو فيها وعده ويخاف وعيده فيجتنب معاصيه ومصداقه ﴿والذين لا يدعون مع الله إلها آخر﴾ إلى قوله: ﴿إلا من تاب وآمن وعمل عملا صالحا فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات﴾ أي: مكان سيئاتهم على الخوف كقوله واسأل القرية كالإيمان مع الكفر والطاعة مكان المعصية.

ومن هذا المعنى ما روي مرفوعا من رواية أبي الدرداء: "من شهد أن لا إله إلا الله أو مات لا يشرك بالله شيئا دخل الجنة ولم يدخل النار" قال: قلت: وإن زنى وإن سرق قال: "وإن زنى وإن سرق وإن رغم أنف أبي الدرداء"، ورواه أبو ذر وغيره عن النبي صلى الله عليه وسلم أيضا: أن من قال لا إله إلا الله عارفا بما يجب على أهلها فقد قالها وهو عارف لمقام الله عز وجل وبما يرجوه أهلها ويخافونه عند خلافهم أمره والخروج عن طاعته وذلك لا يكون إلا والزنى والسرقة فيه قد زال عنهما وانتقل منهما إلى ضدهما يؤيده ما في حديث أبي موسى من قال: لا إله إلا الله صادقا بها دخل الجنة أي موفيا لها حقها.." (٢)

"لأن هذا السلام غير قاطع، ونيته تغيير المشروع فلغت لا تصح نيته

ــــــQمطلق، ولكن قيده في الأصل حيث قال إنه يسجد للسهو قبل أن يقوم أو يتكلم، وفي رواية قبل أن يتكلم أو يخرج من المسجد.

فالأول يدل على أنه متى قام عن مجلسه فاستدبر القبلة لا يأتي بسجود السهو، وإن لم يخرج من المسجد، والثاني يدل على أنه يأتي به قبل أن يتكلم ويخرج من المسجد، وأن يمشي وانحرف عن القبلة وهو قول بعض المشايخ من أصحابنا.

م: (لأن هذا السلام) ش: أي لأن السلام الذي أراد به قطع الصلاة م: (غير قاطع) ش: لحرمة الصلاة، أما عند محمد فظاهر، لأنه لا يخرجه عن حرمة الصلاة أصلا.

وأما عندهما فلا يخرجه [...] ، فلا ينقطع الإحرام به مطلقا م: (ونيته) ش: أي إرادته بذلك السلام قطع الصلاة م: (تغيير المشروع) ش: لأن السلام غير قاطع شرعا، فجعله قاطعا بالنية تغيير المشروع وهو لا يتغير بالقصد والعزائم. م: (فلغت) ش: أي بنية قطع الصلاة بالسلام، كما إذا نوى الإبانة بصريح الطلاق م: (لا تصح نيته) ش: فيكون رجعيا، أو كما لو نوى الظهر ستا أو نوى المسافر أربعا تلغو نيته، كذا في " المبسوط ".

فإن قلت: لو سلم وهو ذاكر بسجدة صلاتية أو سجدة تلاوية أو التشهد فسدت صلاته، كذا في " المحيط "، وهذه النية

---

(١) المعتصر من المختصر من مشكل الآثار المَلَطي، جمال الدين ٣٣٢/١

(٢) المعتصر من المختصر من مشكل الآثار المَلَطي، جمال الدين ٣٣٩/٢

تغيير للمشروع، فلم تلغ.

قلت: تلك الأشياء يؤتى بها في حقيقة الصلاة وقد بطلت بالسلام العمد وسجود السهو يؤتى بها في حرمتها وهي باقية إذا كان عليه سجود السهو.

فإن قلت: نية الكفر تبطل الإيمان، ولم تلغه وإن كانت بغير المشروع.

قلت: نية الكفر كفر، ومتى ثبت الكفر ارتفع الإيمان، لأنهما **لا يجتمعان.**

فإن قلت: السلام وحده يخرج عن حرمة الصلاة عندهما، فكيف لا يكون مخرجا مع نية القطع، وهذا تناقض.

قلت: هذان وإن كانا مختلفين صورة لكنهما متفقان معنى فلا تناقض، لأن سلام من عليه السهو يخرج عن إحرام الصلاة، لكن على عرضه العود إليه بالسجود من غير فصل بين أن ينوي العود أو ينوي عدمه أو لم ينو شيئا فلا عبرة لنيته، فكان الأول لبيان الإطلاق، والثاني لبيان التقييد فافهم.

واستشكل بأن النية هنا لم توجد مجردة عن العمل إذا لم يكن ذلك العمل المقرون به النية مستحقا على زمان اقتران النية والسلام زمان اقتران النية به تستحق عليه، لأنه يوجب عليه أن يسلم حتى يتمكن من أن يسجد للسهو فلا تعمل النية، فكانت النية مجردة عن العمل على هذا." (١)

"وقد عينه، ونفى غيره. وإن نواهما يكون نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وعند أبي يوسف - رحمه الله - يكون نذرا. ولو نوى اليمين فكذلك عندهما، وعنده يكون يمينا. لأبي يوسف أن النذر فيه حقيقة، واليمين مجاز حتى لا يتوقف الأول على النية، ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما، ثم المجاز يتعين بنيته، وعند نيتهما تترجح الحقيقة، ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين؛ لأنهما يقتضيان الوجوب إلا أن النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره

ـــــــQفبالله

م: (وقد عينه) ش: أي وقد عين المحتمل بنيته ونفى غيره فصار المحتمل هو المراد م: (ونفى غيره) ش: فلم يلزمه حيث نفاه.

م: (وإن نواهما) ش: هذا هو الوجه الخامس، أي وإن نوى النذر واليمين م: (يكون نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -) ش: حتى لو لم يصم يجب القضاء والكفارة، القضاء باعتبار النذر، والكفارة باعتبار اليمين م: (وعند أبي يوسف - رحمه الله - يكون نذرا) ش: كما يجيء دليله فيه.

م: (ولو نوى اليمين) ش: هو الوجه السادس، أي ولو نوى اليمين فقط في المسألة المذكورة م: (فكذلك) ش: أي فكذلك يكون نذرا ويمينا كما في الوجه الخامس م: (عندهما) ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -.

م: (وعنده) ش: أي وعند أبي يوسف - رحمه الله - م: (يكون يمينا. لأبي يوسف - رحمه الله - أن النذر فيه) ش: أي في قوله " لله علي صوم يوم النحر " يراد به م: (حقيقة) ش: لعدم توقفه على النية م: (واليمين) ش: أي وأراد اليمين م: (مجاز حتى لا يتوقف الأول) ش: أي النذر م: (على النية، ويتوقف الثاني) ش: أي اليمين م: (على النية فلا ينتظمها) ش: أي فلا ينتظم كلامه النذر واليمين معا، لأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد وهو لا يجوز، وذلك كما في قوله لامرأته

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٦٢٩

أنت علي حرام، إن ونوى به الطلاق كان طلاقا، وإن نوى به اليمين كان يمينا **فلا يجتمعان**.

م: (ثم المجاز يتعين بنيته) ش: أراد أنه إذا أراد المجاز بتعيين بنيته وتبطل الحقيقة حينئذ لامتناع الجمع بينهما م: (وعند نيتهما) ش: أي وعند نية النذر واليمين معا م: (تترجح الحقيقة) ش: وهذا النذر فلا يكون المجاز مرادا، فإذا نوى اليمين تعين المجاز بنيته فلا تكون الحقيقة مراده.

م: (ولهما) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (أنه لا تنافي بين الجهتين) ش: أي بين جهة النذر وجهة اليمين م: (لأنهما) ش: أي لأن الجهتين م: (يقتضيان الوجوب) ش: أراد أن كلا منهما يقتضي الوجوب في ذاته، لكن يختلف من حيث الجهة أشار إليه بقوله: م: (إلا أن النذر يقتضيه) ش: أي يقتضي الوجوب م: (لعينه) ش: ولهذا يجب القضاء بتركه م: (واليمين لغيره) ش: أي يقتضي اليمين الوجوب لغيره وهو صيانة اسم الله عز وجل عن الهتك، ولهذا لا يجب القضاء بل تجب الكفارة، ويجوز أن يكون الشيء واجبا لعينه وواجبا لغيره، كما إذا حلف." [١]

"وفي مسألتنا العبد مع الحر جنس واحد؛ لقلة التفاوت في المنافع، والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فإن تزوجها على هذين العبدين، فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي، إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه مسمى، ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل.

ــــــــQوالكبر، فكان المشار من جنس المسمى في الصلات جميعا.

م: (وفي مسألتنا) ش: أراد به قوله: - وإذا تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر - م: (العبد مع الحر جنس واحد) ش: وقيل: إن الحر الصغير يصير عبدا حرا، ومنافعهما متقاربة، أشار إليه بقوله: م: (لقلة التفاوت في المنافع) ش: يظهر ذلك في جواز البيع وعدمه م: (والخمر مع الخل) ش: في المسألة المذكورة، وهي ما إذا تزوجها على هذا الدن من الخل، فإذا هو خمر.

م: (جنسان لفحش التفاوت في المقاصد) ش: فإذا أحدهما لا يسد مسد الآخر، وما يصلح له الخل لا يصلح له الخمر، والخل بعد استحكامه لا ينقلب خمرا، وبخلاف هذا، قال في " المبسوط ": أبو حنيفة يقول: الخمر مع الخل جنس واحد، فإن الأصل واحد وهو العصير، والهيئة واحدة أوصاف تعرض على العين، فلا توجب تبدل الجنس كالصغر والكبر في الآدمي.

فإن قلت: يرد عليه مسألة " الجامع "، وهو إذا حلف لا يذوق هذه الخمرة فصارت خلا فذاقه لا يحنث، فلو لم يتبدل الجنس لحنث، إذ الوصف في الحاضر لغو، وإلحاقه بالآدمي في الصغر والكبر بعد.

قلت: يمكن أن يجاب بأن الخل والخمر جنسان في العرف، ومبنى الإيمان عليه، وإن كانا جنسا واحدا في الحقيقة.

وفي " المحيط ": العبد والحر عند أبي حنيفة. ولو تزوجها على هذا العصير فتخمر قبل قبضه، عن أبي يوسف لها مثله، ولم يذكر قولهما، فإن تزوجها على هذين العبدين، هذه المسألة مبنية على الأصل المذكور، والخلاف فيها كالخلاف فيما ذكر هناك، فكذلك ذكرها بالفاء فقال:

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤/١١٥

م: (فإن تزوجها) ش: أي فإن تزوج رجل امرأة م: (على هذين العبدين، فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي) ش: أي ليس لها إلا العبد الباقي م: (إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة؛ لأنه) ش: أي لأن الباقي.

م: (مسمى، ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل) ش: لأن المسمى ومهر المثل **لا يجتمعان**، بيان هذه أن أبا حنيفة يعتبر الإشارة، والإشارة إلى الحر تخرجه عن العقد، فكانت تسمية العبد الباقي لغوا، فكأنه تزوجها على عبد، وليس لها إلا ذلك، ولا يجب إلا مهر المثل؛." (١)

"وقال أبو يوسف - رحمه الله -: لها العبد، وقيمة الحر لو كان عبدا؛ لأنه أطمعها سلامة العبدين، وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته. وقال محمد - رحمه الله - وهو رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله -، لها العبد الباقي، وتمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد؛ لأنهما لو كان حرين يجب تمام مهر المثل عنده، فإذا كان أحدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل.

وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها

ـــــــQلأنهما **لا يجتمعان**، ثم العبد الباقي لو كان يساوي مهر المثل ليس لها إلا ذلك، ولا يكمل مهر المثل مع العبد الباقي.

فإن قلت: قال المصنف قبل هذا: لو تزوجها على ألف إن أقام بها إلى أن قال: إن أخرجها فلها مهر المثل فهذا يدل على أن المسمى لا يوجب مهر المثل.

قلت: أجيب بأن ذلك الشرط المتحقق بعقد النكاح بفواته يوجب فوات رضاها فكمل لها مهر المثل فأما المسمى فلم يستحق أصلا، فافهم.

م: (وقال أبو يوسف: لها العبد) ش: أي العبد الباقي م: (وقيمة الحر لو كان عبدا؛ لأنه أطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم أحدهما، فتجب قيمته) ش: وبه قال أحمد، والشافعي في قول، وكذا لو ظهر أحدهما مغصوبا، وعند الشافعي في الأظهر يبطل في الحر والمغصوب، ويصح في المملوك ويتخير، فإن فسخ فمهر المثل.

م: (وقال محمد: وهو رواية عن أبي حنيفة) ش: رواه ابن جماعة عن أبي حنيفة م: (لها العبد الباقي، وتمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد؛ لأنهما) ش: أي لأن العبدين م: (لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده) ش: أي عند محمد - رحمه الله تعالى -، وإنما قيد بقوله: عند محمد احترازا عن قول أبي يوسف، ولو ظهر عند الصداق آخر لم يجب قيمته، أو كان عبدا، فكذا إذا ظهر العبدان حرين يجب قيمتهما أيضا، وكذا في أحد العبدين إذا ظهر حرا.

م: (فإذا كان أحدهما عبدا يجب العبد، وتمام مهر المثل) ش: أي إذا كان أحد العبدين اللذين تزوجها عليها ظهر أحدهما عبدا والآخر حرا يجب العبد، وتمام مهر المثل إن كان أكثر من قيمة العبد.

[فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول]

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/١٧٨

م: (وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد) ش: مثل النكاح بغير شهود، ونكاح الأخت في عدة الأخت في الطلاق البائن، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة، ونكاح الأمة على الحرة م: (قبل الدخول) ش: قيد قبل الدخول بإجماع الأئمة الأربعة، وكذا بعد الخلوة؛ لأن بعد الدخول لها مهر المثل على ما يأتي عن قريب م: (فلا مهر لها) ش: عند أهل العلم قاطبة، وعن ابن جندب: يجب كالصحيح، والأصل له؛ لأن التمكين من الوطء حرام، فلا يقام مقام." (١)

"ولنا أن ثبوت الحرمة لا تقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح، وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، بخلاف اللحم؛ لأن حرمة التناول ينفك عن زوال الملك، فاعتبر أمرا دينيا والله أعلم.

ـــــــQم: (ولنا أن ثبوت الحرمة لا تقبل الفصل) ش: هكذا شأن الحرمة المؤبدة؛ فإنها لا تقبل الفصل م: (عن زوال الملك في باب النكاح) ش: يعني إذا ثبت حرمة الرضاع يزول ملك النكاح لا محالة، لأن حرمة النكاح مع ملك النكاح **لا يجتمعان**، فيلزم من إثبات حرمة الرضاع إبطال ملك النكاح م: (وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، بخلاف اللحم؛ فإن حرمة التناول تنفك عن زوال الملك) ش: لأن الحرمة مع ملك اليمين يجتمعان، كما في الخمر م: (فاعتبر) ش: ذلك م: (أمرا دينيا) ش: فيقبل فيه خبر الواحد.." (٢)

"فتطلق بعد العتق. فصار كالمسألة الأولى، ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض. ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العتق، ثم العتق يصادفها وهي أمة، وكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة، بخلاف المسألة الأولى، لأنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه، بخلاف العدة لأنه

ـــــــQووجه ذلك أن الطلاق مختص ببطء الثبوت لتحققه مع المنافي، والإعتاق مختص بسرعة الثبوت، لكنه على وفاق الدليل فيقدم على الطلاق فيصادفها الطلاق وهي حرة، فيملك الرجعة، ولهذا يتأخر الملك في البيع الفاسد عن البيع إلى زمان القبض، بخلاف البيع الصحيح لما ذكرنا أن أحدهما على وفق الدليل، والآخر على خلافه، انتهى.

وعلل ركن الإسلام القاضي أبو الحسن السعدي - رحمه الله تعالى - لمحمد - رحمه الله - أن العتق وإن كان يقارن الإعتاق، لكن العتق لا يزول ما لم يزل الرق مع العتق، **لا يجتمعان** في محل واحد، فيكون نزول العتق بعد زوال الرق فكان الطلاق بعد الحرية.

وقيل في الجواب أنه يجوز أن يكون مراده بقوله بعد العتق أي معه كما أن مراده بقوله عتق مولاك وإياك، أي بعد عتق مولاك إياك، وقيل المعلق بالشرط كالمرسل عنده فيكون قول المولى عند الشرط عند حرة، وقال الزوج طالق مقترنين في زمان واحد ويتأخر ثنتين عن الحرية ضرورة فيقعان عليها، وهي حرة.

م: (فصار كالمسألة الأولى) ش: وهي قوله أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك م: (ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض) ش: هذا إيضاح لقوله م: (لتطلق بعد العتق) ش:، بيانه أن الطلاق صادف الحرية، ولهذا تعتد بثلاث حيض، فلو صادف الأمة لزمها الاعتداد بالحيضتين، هكذا شرحه الأترازي، ثم قال: وعلى هذا الاستدلال الذي أورده صاحب " الهداية " نظر، لأن

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/١٧٩

(٢) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٢٧٩

الاعتداد بثلاث حيض باعتبار أنها حرة زمان وجوب العدة كما في المسألة الأولى، باعتبار أن الطلاق صادف الحرية، انتهى.
قلت: هذا الاستدلال هو الذي ذكره ثم نسبه لصاحب " الهداية " ثم نظر فيه، ولم يذكره صاحب " الهداية " هنا على ما لا يخفى.

م: (ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف م: (أنه) ش: أي الزوج م: (علق الطلاق بما علق به المولى العتق) ش: وهو مجيء الغد م: (ثم العتق يصادفها وهي أمة) ش: أي والحال أنها أمة م: (وكذا الطلاق) ش: مصادفها وهي أمة م: (والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة) ش: فلا يملك الرجعة م: (بخلاف المسألة الأولى، لأنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه) ش: أي في المسألة الأولى، وهو أن الشرط مقدم على المشروط م: (بخلاف العدة لأنه) ش:." (١)

"قال: فإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما، وقال زفر: تقع بتلاعنهما، لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث. ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه «قول ذلك الملاعن عند النبي - عليه السلام -: كذبت عليها يا رسول الله، فقال له: "أمسكها"، فقال: إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا» . قاله بعد اللعان.

ـــــــ
[التفرقة بين المتلاعنين]

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (فإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما) ش: تكون الزوجية قائمة ويقع ظهاره وطلاقه ويجري التوارث بينهما إذا مات أحدهما عندنا كذا في شرح الطحاوي م: (وقال زفر: تقع) ش: أي الفرقة م: (بتلاعنهما) ش: وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه، وبه قال أبو ثور وأبو عبيد في رواية داود، وهو مروي عن ابن عباس. قال الشافعي: يقع بلعانه كما إذا ارتد أحد الزوجين. وقال أبو بكر الرازي: قول الشافعي خارج لا سلف له فيه، قيل ليس كذلك، لأنه ذكر في المقدمات أنه ظاهر قول مالك وعبد الله بن عمرو بن العاص. وقال ابن حزم في " المحلى ": قول الشافعي قول لا برهان عليه. وقال عثمان البتي وجماعة من أهل البصرة: لا يتعلق باللعان فرقة بحال، وهو خلاف السنة والحديث.

م: (لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث) ش: قال الأكمل والكاكي: أراد بالحديث قوله - صلى الله عليه وسلم - «المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا» ، نفي الاجتماع بعد التلاعن، وهو تنصيص على نفي الفرقة بالتلاعن، وقال الأترازي: ولزفر قول الصحابة: المتلاعنان لا يجتمعان أبدا. قلت: الصواب مع الأترازي أنه لم يرو مرفوعا، إنما روي موقوفا على جماعة من الصحابة من ذلك ما رواه أبو داود من حديث ابن شهاب «عن سهل بن سعد - رضي الله تعالى عنه - في هذا الخبر، قال فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فمضت السنة بعد في المتلاعنين إذا افترقا لا يجتمعان أبدا.» وروى عبد الرزاق في مصنفه: المتلاعنان لا يجتمعان أبدا موقوفا على عمر وابن مسعود - رضي الله عنهم - م: (ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف، فيلزمه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٣٤٠

للظلم) .

م: (قال) ش: المصنف - رحمه الله تعالى - م: (دل عليه) ش: أي دل على عدم وقوع الفرقة م: «قول ذلك الملاعن عند النبي - صلى الله عليه وسلم - كذبت عليها يا رسول الله، إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا، قاله بعد اللعان» ش: وأراد بالملاعن عويمر العجلاني. وجه الاستدلال أنه قال: كذبت عليها عند." [١]

"وهو خاطب إذا أكذب نفسه، عندهما، وقال أبو يوسف - رحمه الله -: هو تحريم مؤبد لقوله - عليه السلام -: «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» نص على التأبيد. ولهما أن الإكذاب رجوع، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها، ولا ويجتمعان ما داما متلاعنين، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان، ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه.

ـــــــيؤجله القاضي سنة، فإن وصل إليها وإلا فرق القاضي بينهما إذا طلبت المرأة الفرقة، والفرقة بالطلاق لا تتأبد، غير أنها بائنة، لأن المقصود دفع الظلم عنها فلا يحصل ذلك إلا بالبائن، وهما يحتجان أيضا بما روى مسلم عن إبراهيم النخعي أنه قال: اللعان تطليقة بائنة، ولأن الثابت بالنص اللعان، فلو أثبت الحرمة (المؤبدة) لزم الزيادة على النص، وذلك لا يجوز، لأنه نسخ.

م: (وهو خاطب إذا أكذب نفسه) ش: هذه مسألة مبتدأة، أي هذا الرجل بعد الإكذاب صار خاطبا من الخطاب، أي يجوز له أن يتزوجها كما لغيره يجوز أن يتزوجها فعليه الحد بإكذاب نفسه م: (عندهما) ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد م: (وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد) ش: يعني بعد التلاعن تبقى المرأة حرام عليه أبدا، فلا يجوز له أن يتزوجها، وبه قال زفر والحسن والشافعي م: (لقوله - عليه السلام -: «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا") » ش: وقد مر الكلام عن قريب مستقصى، وهو قول الصحابة - رضي الله عنهم - ولم يرد مرفوعا م: (نص على التأبيد) ش: أي نص ظاهر هذا الخبر على تأبيد الحرمة.

م: (ولهما) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد م: (أن الإكذاب) ش: أي إكذاب الرجل الملاعن نفسه م: (رجوع، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها) ش: يعني يبطل حكمها م: (**ولا يجتمعان** ما داما متلاعنين) ش: ولا منافاة بين نص التأبيد والعود خاطبا، لأن معناه ما داما في حال التلاعن م: (ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب) ش: أي لم يبق حقيقة التلاعن ولا حكما يعني لا حقيقة ولا حكما، أما حقيقة فظاهر، وأما حكما فلأنه لما أكذب نفسه وجب عليه الحد، فبطلت أهلية اللعان، فإذا بطلت الأهلية بطل حكمها م: (فيجتمعان) ش: أي المتلاعنان، يعني يجوز اجتماعها بعد ذلك التزويج. وقال الكاكي: إذا كذب نفسه قبل تفريق القاضي حلت له من غير تجديد النكاح.

م: (ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه) ش: أي ألحق الولد بأمه، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال إبراهيم وابن معقل وموسى: لا يفتقر نسب الولد على الفراش بالنفي، لقوله - عليه السلام - «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ، ذكره في " الصحيحين ". وللجمهور حديث ابن عمر - رضي الله تعالى عنهما - «أن رجلا لاعن امرأته فانتفى

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٥٧١

ولده وفرق بينهما، وألحق الولد بأمه» رواه الجماعة.

قال في " شرح الطحاوي ": ثم ولد الملاعنة بعدما قطع نسبه فجميع أحكام نسبه باق من." (١)

"دونه، لا يسترجع منها بشيء، لأنه يسير، فصار في حكم الحال.

وإذا تزوج العبد حرة، فنفقتها دين عليه يباع فيها، ومعناه إذا تزوج بإذن مولاه، لأنه دين وجب في ذمته لوجود سببه، وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته، كدين التجارة في العبد التاجر. وله أن يفدي، لأن حقها في النفقة لا في عين الرقبة،

ـــــQدونه، لا يسترجع منها بشيء؛ لأنه) ش: أي لأن الشهر أو ما دونه. م: (يسير، فصار في حكم الحال) ش: أي صار الشهر وما دونه في حكم القاضي، يعني أن نفقة الحال لا تسترد، فكذلك نفقة الشهر، وفي بعض النسخ: في حكم الحال. وإن كان أكثر من شهر ترك منها مقدار نفقة شهر استحسانا ويسترد من تركتها ما زاد على ذلك.

م: (وإذا تزوج العبد حرة، فنفقتها دين عليه يباع فيها) ش: أي يباع العبد في نفقة الحرة، وهذه من مسائل القدوري، وقال المصنف. م: (ومعناه) ش: أي معنى هذا الكلام. م: (إذا تزوج) ش: أي العبد. م: (بإذن مولاه) ش: وإنما فسره بهذا التفسير، لأنه إذا تزوج بغير إذن مولاه، لا يصح العقد، وإنما قيد بالحرة، لأن المرأة إذا كانت أمة لا تستحق النفقة قبل البينونة على ما يجيء إن شاء الله تعالى. م: (لأنه) ش: أي لأن النفقة، ذكره باعتبار الاتفاق. م: (دين وجب في ذمته) ش: لأن النفقة من أحكام العقد، فيستوي فيها الحر والمملوك كالدين. م: (لوجود سببه) ش: وهو العقد. م: (وقد ظهر وجوبه في حق المولى) ش: لأن السبب كان بإذنه، وكان راضيا بوجوب النفقة عليه. م: (فيتعلق برقبته) ش: أي برقبة العبد. م: (كدين التجارة في العبد التاجر) ش: المأذون، تتعلق الديون برقبته.

م: (وله) ش: أي للمولى. م: (أن يفدي) ش: أي أن يفديه المولى. م: (لأن حقها) ش: أي حق المرأة. م: (في النفقة لا في عين الرقبة) ش: أي رقبة العبد. فإذا أوفاها المولى نفقتها لا يبقى حقها في النفقة بعد ذلك، فلا يباع العبد، وكذا الحاكم في المدبر والمكاتب، إذا تزوجها بإذن المولى بحرة أو أمة بعد البينونة، حيث تجب النفقة عليهما، ولكنهما لا يباعان في النفقة والمهر، لأنهما لا يجتمعان النقل من ملك إلى ملك، بل يؤمران بالسعاية. ثم إذا بيع العبد في النفقة، واجتمع عليه النفقة مرة أخرى يباع أيضا.

قال شمس الأئمة السرخسي: وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد مرة، إلا النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان، فذلك في حكم دين حادث، وقال الولوالجي في فتاواه: إذا بيع في المهر مرة أو بقي شيء من المهر، فإن لم يف الثمن بكل المهر، لا يباع مرة أخرى، بل يتأخر إلى ما بعد العتق.

وفي " الكافي" للحاكم الشهيد وشرحه للسرخسي: إذا كان للعبد أو المدبر ولد من أمة، إنه لم يكن عليه نفقة الولد؛ لأنها

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٥٧٣

إن كانت أمة، فالولد ملك لمولاها، وإن كانت حرة، فولدها يكون حرا، ولا تجب نفقة مملوكة على حر ولا على مولاه، لأن ولده أجنبي منه، وكذلك المكاتب لا." (١)

"ولأن فيما قلناه تقوية البر إلى جابر، وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد إسلامه فلا حنث عليه، لأنه ليس بأهل لليمين، لأنها تنعقد لتعظيم الله تعالى، ومع الكفر لا يكون معظما. ولا هو أهل للكفارة لأنها عبادة.

ـــــــQاليمين مركبة من مقسم به، وهو بالله ومقسم عليه، وهو قوله لأفعلن أو لأفعل فكان من باب ذكر الكل وإرادة البعض. وقال الأكمل: في وجه الاستدلال به نظر، لأنه قال ورأى غيرها خيرا منها فالمدعي مطلق والدليل مشروط برؤية خير، والجواب أن حال المسلم يقتضي أن يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا إلى حاله.

م: (ولأن فيما قلناه) ش: يعني إذ الكفارة بعد الحنث م: (تقوية البر إلى جابر، وهو الكفارة ولا جابر) ش: وهو الكفارة لما أن الجابر يقتضي سبق ذلك المحمود وهو حل اليمين بالحنث فيما قلنا، فتصبح الكفارة جائزة ولا جائزة م: (للمعصية في ضده) ش: أي في ضد ما قلناه وأراد بالضد التي في اليمين، أي لا جائزة لمعصية الحنث، فيما قال الشافعي، لأن الحنث لما يتأخر عن الكفارة لم تصبح الكفارة السابقة جائزة لذلك الحنث، لأن الجائز لا يتقدم، كذا في " النهاية ".

وقال الأكمل: وقال في بعض الشروح، ولأن فيما قلنا أي في الحنث النفس والتكفير بعد ذلك لتفويت البر إلى جابر، والجابر هو الكفارة والفوات إلى جابر كلا فوات، فتكون المعصية الحصالة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر.

أما إذا أتى بالبر وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الأب، وقتل فلان بغير حق تحصيل المعصية بلا جابر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة، فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه، وكلا الوجهين صحيح، والثاني أيسر. قلت: أراد بالقائل بقوله وقال في بعض شروح الأترازي لأنه قال في شرحه هكذا ويرده الأكمل برمته.

م: (وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد الإسلام، فلا حنث عليه) ش: أي فلا كفارة عليه، وبه قال مالك، وقال الشافعي وأحمد تلزم الكفارة بالمال، دون الصوم م: (لأنه) ش: أي لأن الكافر م: (ليس بأهل لليمين، لأنها تنعقد لتعظيم الله تعالى، ومع الكفر لا يكون معظما) ش: لأنه هاتك حرمة الله تعالى، بإصراره على الكفر.

والتعظيم مع الهتك **لا يجتمعان**، والبر لا يتحقق إلا من معظم، ولا يلزم استخلافه في المظالم أو المنصوبات أو هو مشروع في حقه، لأنه من أهل مقصود الاستخلاف وهو النكول والإقرار.

وكذا هو من أهل اليمين بالطلاق والعتاق، لأنه من أهل حكمنا م: (ولا هو أهل للكفارة) ش: أي ولا الكافر أهل للكفارة م: (لأنها عبادة) ش: لكونها ساترة للذنب.." (٢)

"فإنه – عليه السلام – أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس فلو ظهر دونها لما أخرها لثبوت الوجوب. ولأن الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد. فكذا الإقرار إعظاما لأمر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٦٧٨

(٢) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦/١٣٩

ـــــــQدعاه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: أبك جنون؟، قال: لا، قال: فهل أحصنت؟ قال: نعم، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – اذهبوا به فارجموه، فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة هرب، فأدركناه بالحرة فرجمناه»
.

وروى حديث ماعز – رضي الله عنه – أيضا مسلم عن جابر بن سمرة ورواه أيضا عن ابن عباس – رضي الله عنه – وعن بريدة – رضي الله عنه – أيضا في الكل الإقرار بأربع مرات.

م: (فإنه – عليه السلام – أخر الإقامة) ش: أي إقامة الحد: (إلى أن تم الإقرار منه) ش: أي من ماعز – رضي الله عنه – . م: (أربع مرات في أربعة مجالس فلو ظهر دونها) ش: أي فلو ظهر إقراره موجبا للحد دون الأربع، أي أربع مرات. م: (لما أخرها) ش: أي لما أخر إقامة الحد. م: (لثبوت الوجوب) ش: حاصل المعنى: لو كان الإقرار مرة واحدة كان لم يؤخر، لأن إقامة الحد عند [تلك] الصورة واجب، وتأخير الواجب لا يظن برسول الله – صلى الله عليه وسلم –.

فإن قال قائل: إذا لم يثبت الحد بإقراره مرة واحدة، فقد اعترف بالوطء لا يوجب الحد، ويوجب المهر وإذا وجب المهر، لا يجب الحد مما بعد، لأن المهر والحد **لا يجتمعان** في وطء واحد.

أجيب: بأن الإقرار أربع مرات، ولما اعتبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلق بوجوب المهر بالإقرار مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب، وإنما الحكم موقوف بأن تمت الحجة، ووجب الحد، وإن لم يتم، وجب المهر.

فإن قيل: إنما أعرض النبي – صلى الله عليه وسلم – لأنه اتهمه أي في عقله، فقد جاء أشعث أغبر مغير اللون، إلا أنه لما أصر على الإقرار [....] قبله، بعد ذلك، ثم لزوال الشبهة بالسؤال.

فقال: أبك جنون؟، أما تغير الحال بدليل التوبة والخوف من الله عز وجل، لا دليل الجنون وإنما قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أبك جنون؟، تلقينا لما يدرأ بالحد، كما يقال، لعلك وطئتها لترجع عن الزنا إلى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه، وكما قال للسارق أسرقت، ما أخاله سرق، ولأن الشهادة فيه دليل معقول، فظن جواب عن اعتبار الشافعي – رحمه الله – بسائر الحقوق وتقريره.

م: (ولأن الشهادة فيه) ش: أي في الزنا. م: (اختصت بزيادة العدد) ش: لأجل التغليظ ولم يختص سائر الحقوق بذلك. م: (فكذا الإقرار) ش: اشترط أربع مرات، لأن إحدى الحجتين لما اختصت بزيادة ليست في سائر الحقوق، فكذلك في الحجة الأخرى. م: (إعظاما لأمر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر) ش: أي لأجل تعظيم أمر الزنا وتحقيق معنى الستر، لأن الستر مندوب منه كما ذكرنا.." (١)

"وعلى هذا لو قطعه غير الحداد فلا يضمن أيضا، هو الصحيح،

ولو أخرج السارق يساره، وقال: هذه يميني فقطعها لا يضمن بالاتفاق؛ لأنه قطعه بأمره ثم في العمد عنده عليه، أي السارق ضمان المال؛ لأنه لم يقع حدا وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة،

ـــــــQالولادة، أما إذا حصل الخلف بسبب آخر يضمن.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦/٢٦٣

قلنا: اليمين من حيث الاعتبار، ولا يلزم ما إذا جدع أنفه؛ لأنه ما أخلف عما أتلف أو عيناه لم تقطع.

فإن قيل: لو قطع رجله اليمنى يضمن، وقد أتلف وأخلف عوضا وهو اليمين لا يقطع حينئذ.

قلنا: لا رواية فيه فيمنع، ولئن سلمنا فالتالف ليس من جنس الباقي.

م: (وعلى هذا) ش: أي وعلى تعليل أبي حنيفة وهو أنه أتلف والخلف من جنسه خير منه م: (لو قطعه) ش: أي لو قطع يد السارق م: (غير الحداد فلا يضمن أيضا) ش: لأنه أتلف وأخلف خيرا منه، لأن يمناه لا تقطع بعد ذلك سواء قطع يساره أو غيره بعد القضاء ذكره فخر الإسلام في جامعه م: (هو الصحيح) ش: احترز به عما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه: ولو قطع غيره يده اليسرى. فإن في العمد القصاص، وفي الخطأ الدية. وسقط القطع عنه في اليمين؛ لأنه لو قطع إلى الاستهلاك، ويرد السرقة إن كان قائما وعليه ضمانه في الهالك.

[أخرج السارق يساره وقال هذه يميني فقطعها الحداد]

م: (ولو أخرج السارق يساره، وقال: هذه يميني فقطعها لا يضمن بالاتفاق، لأنه) ش: أي لأن الحداد م: (قطعه بأمره) ش: أي قطع يساره بأمر السارق فلا يضمن، كما لو قطع يد غيره بأمره من غير أن يكون يده مستحقا للقطع بالسرقة فهذا أولى م: (ثم في العمد عنده) ش: أي عند أبي حنيفة م: (عليه) ش: أي على السارق م: (ضمان المال) ش: أي مال المسروق منه.

م: (لأنه) ش: أي لأن قطع يساره م: (لم يقع حدا) ش: وإنما خص أبا حنيفة بالذكر، وإن كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لمن عسى أن يتوهم أن قطع السارق وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان إيقانا بأن القطع لم يقع حدا إذ القطع حدا والضمان **لا يجتمعان**، وعدم الضمان على الحداد باعتبار أنه أخلف خيرا لا باعتبار أن القطع وقع حدا، وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجة إلى ذكره لأنهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حدا لا تحل له فيضمن السارق؛ لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا.

م: (وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة) ش: أي على طريقة أن القطع لم يقطع؛ لأنه إذا لم يقع حدا لا يوجد ما بينا في الضمان والمقتضى، وهو الإتلاف موجود فيجب الضمان البتة م:." (١)

"وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن. ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة؛ لأن الخصومة شرط لظهورها.

ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافا للشافعي – رحمه الله – في الإقرار لأن الجناية في مال الغير لا تظهر إلا بخصومة صاحب المال، وكذا إذا غاب عند القطع لا يقطع عندنا، لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود. وللمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم

ـــــــQ (وعلى طريقة الاجتهاد) ش: أي قلنا: في طريقة أبي يوسف ومحمد اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد م: (لا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥٦/٧

يضمن) ش: أي السارق لا يضمن المال؛ لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع **لا يجتمعان**.
م: (ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة؛ لأن الخصومة شرط لظهورها) ش: أي لظهور السرقة، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك، وأبو ثور، وابن المنذر، وابن أبي ليلى، وأبو بكر الحنبلي: لا تشترط المطالبة لظهورها لعموم الآية، كما في حد الزنا.
قلنا: السرقة جناية على مالك بغير إذنه ولم تثبت الجناية إلا بمطالبة ذلك، إذ بالمطالبة يظهر عدم الإباحة إذ لو لم يحضر عليه تمكن فيه شبهة الإباحة، إما بإباحة الملك أو وقفه على المسلمين أو على طائفة السارق منهم أو أذن له في دخول حرزه فاعتبرت المطالبة دفعا لهذه الشبهة.
أما الزنا لا يباح بالإباحة فلا تتمكن فيه الشبهة، وعلى هذا الخلاف إذا غاب المالك عند القطع لم يقطع حتى يحضر، وبه قال الشافعي وأحمد خلافا لهم، لأن الإمضاء من باب القضاء في الحدود.

[الشهادة والإقرار في السرقة ومن له يد حافظة سوى المالك إذا سرق منه]
م: (ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافا للشافعي – رحمه الله – في الإقرار) ش: وهذا وجه في قوله، والأصح عنده أن الإقرار كالبينة م: (لأن الجناية في مال الغير لا تظهر إلا بخصومة صاحب المال) ش: قيل: إن معنى قوله إن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومة هو معنى قوله لأن الخصومة شرط لظهورها، فيكون فيه توهم التكرار. ورد بأن الأول تعليل لاشتراط الحضور، والثاني لعدم التفرقة بين الإقرار والشهادة وإن كانا بمعنى واحد فافهم.
م: (وكذا إذا غاب عند القطع) ش: أي المسروق منه عند القطع م: (لا يقطع عندنا، لأن الاستيفاء) ش: أي استيفاء القطع م: (من القضاء في باب الحدود) ش: فإذا قطع قبل حضوره يكون باستيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز م: (وللمستودع) ش: بفتح الدال، أي الذي عنده الوديعة م: (والغاصب وصاحب الربا) ش: صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبضه فسرق منه يقطع بخصومته. وكذا المستودع والغاصب، وهو معنى قوله م: (أن يقطعوا السارق منهم) ش: أي من هؤلاء الثلاثة، فيقطع بخصومتهم عند علمائنا الثلاثة، وقال الأكمل: ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدي الربا، فكأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولاية، فلا." (١)

"كنفس الأخذ، وكما إذا سرق البائع معيبا باعه، بخلاف ما ذكر، لأن البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب. فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق، لأنه ملكه مستندا إلى وقت الأخذ، فصار كما إذا ملكه بالهبة فأورث شبهة، وهذا كله إذا كان النقصان فاحشا، فإن كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك، إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة، وإن سرق شاة فذبحها
ـــــــــQليس بموضوع للملك م: (كنفس الأخذ) ش: فإنه يحتمل أن يصير سببا بعد الضمان، ومع هذا فلم يعتبر شبهة.
م: (وكما إذا سرق البائع معيبا باعه) ش: ولم يعلم المشتري بالعيب، فإنه يقطع وأن العقد سبب الرد وهو العيب، فكذلك

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥٧/٧

هاهنا يقطع وأن القطع سبب الضمان وهو الشق م: (بخلاف ما ذكر) ش: أبو يوسف، وهو قوله كالمشتري إذا سرق بيعا فيه الخيار للبائع؛ لأن سبب الملك فيه موجود م: (لأن البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف) ش: أي الذي بين أبي يوسف وصاحبيه م: (فيما إذا اختار) ش: أي الملك م: (تضمين النقصان وأخذ الثوب) ش: لا يقال الأصل عندكم أن القطع والنقصان **لا يجتمعان**.

فإذا اختار تضمن النقصان كيف يمكن من القطع، لأن القول بضمان النقصان يكون بجناية آخر قبل الاحتياج، وهي ما فات من العين، والقطع بإخراج الباقي كما لو أخذ ثوبين فأحرق أحدهما في البيت وأخرج الأخرى، قيمة أحدهما نصاب. وأورده على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية، فإنه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب الضمان.

ومن هذا ذهب بعضهم إلى أنه إن اختار القطع لا يضمن النقصان. والجواب أن القطع الباقي بعد الحرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك، فإن القطع كان لأجله لا شيء آخر. م: (فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق؛ لأنه ملكه مستندا إلى وقت الأخذ، فصار كما إذا ملكه بالهبة) ش: فإنه إذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط القطع، فلأن لا يجب إذا ملكه قبل تمام السرقة أولى م: (فأورث شبهة) ش: وهي دارئة الحد م: (وهذا كله) ش: أي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات م: (إذا كان النقصان فاحشا) ش: والفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة وهو الصحيح. وقال التمرتاشي: روي في حد الإتلاف فإنه لا يكون النقصان أكثر من نصف القيمة، وقبل النقصان الفاحش أن ينقص بالخرق ربع القيمة فصاعدا وما دونه يسير. وقيل ما لا يصح الباقي للثوب فهو فاحش والصلح يسير.

م: (فإن كان) ش: أي النقصان م: (يسيرا يقطع بالاتفاق؛ لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة) ش: بل له تضمين قيمة النقصان. م: (وإن سرق شاة فذبحها) ش: في الحرز." (١)

"وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الأرش منه مما فيه الأرش، وذلك إلى الأولياء؛ لأنه لا حد في هذه الجناية، فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وإن أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات، لأنه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد، كما يسقط عصمة المال، وإن أخذ بعدما تاب وقد قتل فإن شاء الأولياء قتلوه، وإن شاءوا عفوا عنه، لأن الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص، ولأن التوبة تتوقف على رد المال

ــــــQم: (وإن لم يقتل القاطع) ش: أي قاطع الطريق م: (ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الأرش منه مما فيه الأرش، وذلك) ش: أي استيفاء القصاص وأخذ الأرش م: (إلى الأولياء لأنه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد) ش: أي في النفس والمال م: (وهو ما ذكرناه) ش: أي حق العبد القصاص والأرش م: (فيستوفيه الولي) ش: أي يستوفي القصاص الولي فيما مستطاع منه القصاص.

وبه قالت الأئمة الثلاثة، كما إذا قطعوا اليسار أو الذكر لا قصاص فيه في الظاهر يؤخذ الأرش، خلافا لأبي حنيفة فيما إذا قطع من الأصل وفي الحقيقة والحشفة قصاص اتفاقا، لأن موضع القطع معلوم إلا إذا قطع بعض الحشفة حيث لا قصاص،

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٧/٧٧

وكذا إذا ضربوا العين وقلعوها لا قصاص فيه ويؤخذ الأرش، إلا إذا كانت العين قائمة فذهب بصرها ففيه القصاص لا بمكان المماثلة، كذلك لا قصاص في عظم إلا في السن إلا إذا اسودت أو احمرت أو اخضرت فحينئذ يجب الأرش. م: (وإن أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات) ش: لأن الحد والضمان **لا يجتمعان** عندنا م: (لأنه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد، كما يسقط عصمة المال) ش: وعند الأئمة الثلاثة لا يبطل عصمة النفس والمال، لأن القطع مع الضمان يجتمعان عندهم. م: (وإن أخذ) ش: أي قاطع الطريق م: (بعدما تاب وقد قتل) ش: أي والحال أنه قد قتل عمدا بحديدة م: (فإن شاء الأولياء قتلوه، وإن شاءوا عفوا عنه، لأن الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص) ش: وهو قوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة: ٣٣] (المائدة: الآية ٣٤) ، فلما بطل الحد بالتوبة ظهر حق العبد فيه بلا خلاف.

واعترض بأن قوله: ﴿إلا الذين تابوا﴾ [المائدة: ٣٤] هاهنا نظيره في قوله: ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور: ٤] ﴿إلا الذين تابوا﴾ [المائدة: ٣٤] ، فكيف يكون سياق قوله: ﴿ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾ [المائدة: ٣٣] إذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين. وأجيب: بأن قوله: ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور: ٤] لا يصلح، بخلاف قوله: ﴿ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾ [المائدة: ٣٣] .

م: (ولأن التوبة تتوقف على رد المال) ش: يعني مما إذا أخذ المال، لأن الظالم إذا غصب مال." [1]

"ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما، وكفى بإجماعهم حجة. ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا، والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا، والوصفان **لا يجتمعان** في أرض واحدة، وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية، ـــــــQقال: «لا يجتمع عشر وخراج في أرض واحدة»

قلت: رواه ابن عدي في " الكامل " عن يحيى بن عتبة عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا يجتمع على مسلم خراج وعشر» وقال ابن عدي: ويحيى بن عتبة منكر الحديث، وإنما يروى هذا عن قول إبراهيم، فجاء يحيى بن عتبة فأطال فيه ووصله إلى النبي - صلى الله عليه وسلم -، ويحيى بن عتبة مكشوف الرأس لروايته عن الثقات الموضوعات فمات.

وقال ابن جران: ليس هذا كلام رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، ويحيى بن عتبة رجل يضع الحديث، لا تحل الرواية عنه. وقال الدارقطني: يحيى هذا رجل يضع الحديث، وهو كذب على أبي حنيفة ومن بعده إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. وقال البيهقي: هذا حديث باطل، ويحيى هذا اشتهر بالوضع.

قلت: وقع في مسند أبي حنيفة مثل ما رواه ابن عدي، ولكن عدي وآخرون تكلموا فيه بسبب يحيى بن عتبة، ولما علمنا من يحيى بن عتبة؛ لأن أصحابنا رووا هذا في كتبهم وهم ثقات، على أن ابن شاهين رواه عن يحيى بن عيسى عن أبي حنيفة.

فإن قلت: أنكر يحيى بن عيسى، وقال: هو يحيى بن عتبة.

قلت: من اطلع في أحوال هؤلاء عرف أن الخطيب كيف يتكلم في الحقيقة ولا يلتفت إليه في مثل هذا.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٧/٨٨

م: (ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما) ش: أي بين العشر والخراج م: (وكفى بإجماعهم حجة) ش: حيث لم ينقل عن واحد منهم أنه جمع بينهما، واجتماع الأئمة على فعل قضية أو منعها حجة.

م: (ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا، والعشر في أرض) ش: أي يجب في أرض م: (أسلم أهلها طوعا، والوصفان) ش: وهما الطوع والقهر م: (**لا يجتمعان** في أرض واحدة) ش: لمنافاة بينهما إذ الطوع ضد الكره الحاصلة من القهر، فلما لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان.

م: (وسبب الحقين) ش: أي العشر والخراج م: (واحد وهو الأرض النامية) ش: بدليل إضافة." [١]

"إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقا، وفي الخراج تقديرا، ولهذا يضافان إلى الأرض، وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما، فلا يتكرر الخراج بتكرار الخارج في سنة، لأن عمر – رضي الله عنه – لم يوظفه مكررا بخلاف العشر، لأنه لا يتحقق عشرا إلا بوجوبه في كل خارج.

ــــــQالعشر والخراج إليهما، والإضافة دليل السببية، فلما كان السبب واحدا كان المسبب أحدهما من غير جمع بينهما كالدية والقصاص م: (إلا أنه) ش: أي أن السبب م: (يعتبر في العشر تحقيقا) ش: لأن العشر أحد الأجزاء العشرة من الخراج م: (وفي الخراج) ش: أي يعتبر في الخراج م: (تقديرا) ش: أي من حيث التقدير.

وذلك لأن سبب الخراج ملك الأرض النامية بالنماء التقديري م: (ولهذا) ش: أي ولأجل أن السبب هو الأرض النامية م: (يضافان) ش: أي العشر والخراج م: (إلى الأرض) ش: فيقال عشر الأرض وخراج الأرض م: (وعلى هذا الخلاف) ش: أي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي م: (الزكاة مع أحدهما) ش: أي الزكاة مع أحدهما لا تجتمع مع الخراج والعشر عندنا، خلافا له.

صورته رجل اشترى أرض عشر أو خراج بنية التجارة، لم يكن عليه زكاة التجارة. وعن محمد أن عليه الزكاة مع أحدهما، وهو قول الشافعي لاختلاف سببيهما ومحلهما. قلنا: الواجب حق الله تعالى فيه، فتعلق بالأرض **فلا يجتمعان**، كما لا يجب زكاة السائمة والتجارة باعتبار مال واحد.

[لا يؤخذ خراج الأرض في سنة إلا مرة واحدة]

م: (فلا يتكرر الخراج بتكرار الخارج في سنة) ش: يعني لا يؤخذ خراج الأرض في سنة إلا مرة واحدة، وإن أغلها صاحبها مرات م: (لأن عمر – رضي الله عنه – لم يوظفه) ش: أي الخراج م: (مكررا) ش: أي ما أخذ الخراج والجزية في السنة إلا مرة واحدة. وقال الحاكم في الكافي: الحجة في هذا فعل عمر – رضي الله عنه –: لأنه لو وجب الخراج وتكرر لانبغى أن يكون هذا في خراج الموظفة لا في خراج المقاسمة لأن خراج المقاسمة حكمه حكم العشر، ويكون ذلك في الخارج م: (بخلاف

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٧/٢٣٦

العشر، لأنه يتحقق عشرا) ش: أي لا يوجد حال كونه عشرا م: (إلا بوجوبه) ش: أي بسبب وجوبه م: (في كل خارج) ش: لأن العشر وظيفة لازمة تؤخذ من الخارج فتكرر بتكرار الخارج.." (١)

"بعيد، واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحد، فيكون السواد من جانب وهذا يبصره، والبياض من جانب آخر، وهذا الآخر يشاهده،

بخلاف الغصب؛ لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه، والذكورة والأنوثة **لا يجتمعان** في واحدة. وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه.

ـــــــبعيد) ش: إذ أكثر السرقات تكون في الليالي، وتحمل الشهادة من بعيد م: (واللونان يتشابهان) ش: كالحمرة والصفرة م: (أو يجتمعان) ش: أي اللونان بين ذلك بقوله:

م: (في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره، والبياض من جانب آخر، وهذا) ش: أي الآخر م: (يشاهده) ش: وكل واحد يشهد بما رآه.

فإن قيل: لو كانت البقرة على هذه الصفة، يقال لها: أبلقا لا سوداء ولا بيضاء.

قلت: نعم، كذلك لمح، ولكن في حق من يعرف اللونين. أما في حق من لا يعرف إلا أحدهما يكون عنده ذلك اللون، كذا في " المبسوط ". وإذا كان التوافق ممكنا وجب القبول، كما إذا اختلف شهود الزنا في سبب واحد، وقال الأكمل - رحمه الله -: وفيه بحث من وجهين: أحدهما: أن طلب التوفيق ها هنا لاحتيال أسباب الحد، وهو القطع، والحد يحتال لدونه لا لإثباته.

والثاني: أن التوفيق وإن كان ممكنا، ليس بمعتبر ما لم يصرح به فيما لم يثبت بالشبهات، فكيف يمكن اعتباره فيما يدرءها.

والجواب عن الأول: أن ذلك إنما كان احتيالا لإثباته، إذ لو كان في اختلاف ما كلفنا نقله، وهو من صلب الشهادة، كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا تقطع به أو لا. وأما إذا كان في اختلاف ما لم يكلفنا نقله كلون ثياب السارق وأمثاله، فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا لإثبات الحد، لإمكان ثبوته به.

ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك، فتبين أنه ليس من صلب الشهادة، ولم يكلفنا نقله إلى مجلس الحكم، بخلاف الذكورة والأنوثة، فإنهما يكلفان النقل بذلك؛ لأن القيمة تختلف باختلافهما، فكان اختلاف في صلب العقد. وعن الثاني بأنه جواب القياس؛ لأن القياس اعتبار مكان التوفيق، أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وإمكانه فيما لم يكن فيه هذا.

[شهد لرجل أنه اشترى عبدا من فلان بألف وشهد آخر أنه اشترى بألف وخمسمائة]

م: (بخلاف الغصب) ش: هذا جواب عن مسألة الغصب وهو قوله م: (لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه) ش: أي لأن تحمل الشهادة في الغصب يكون بالنهار، إذ الغصب يكون فيه غالبا م: (والذكورة والأنوثة) ش: جواب عما استشهدا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٣٧/٧

به من الاختلاف بهما فإنهما م: (لا يجتمعان في واحدة. وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه) ش: أي في حيوان عادة، ولأن الشاهدين." (١)

"ولا معتبر بالثقل؛ لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف، ويخفف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية، ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات.

ـــــــQقوله: " ضمن نصف قيمتها " يعني مع تمام الأجر إذا كان الهلاك بعد البلوغ إلى المقصد ثم المالك بالخيار إن شاء ضمن المستأجر فلا يرجع المستأجر على الغير سواء كان الغير مستعيرا أو مستأجرا، وإن ضمن الرد يرجع على المستأجر إن كان الغير مستأجرا، وإن كان الغير مستعيرا لا يرجع.

وفي " تجريد القدوري ": استأجر دابة ليركبها فأركب غيره مع نفسه يضمن النصف سواء كان أخف أو أثقل، وفي " الفتاوى الصغرى " و" التتمة ": استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم فركب وحمل مع نفسه حملا يضمن قدر الزيادة إن عطبت الدابة، وهذا إذا لم يركب موضع الحمل بل يكون ركوبه في موضع والحمل في موضع آخر، أما إذا ركب على موضع الحمل ضمن قيمة جميع الدابة، كذا في إجارات شيخ الإسلام خواهر زاده.

م: (ولا معتبر بالثقل، لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخفف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية) ش: أراد بالفروسية معرفة كيفية الركوب كيف يقعد على ظهر الدابة وكيف يضم فخذيه وكيف يحط رجليه في الركب إذا كانت الدابة تركب بالركب وكيف يمسك اللجام والخطام، فإن الدواب لا تطلق ولا تهلك تحت الركاب إلا من هذه الجهات.

م: (ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن) ش: قال في " الكافي ": لأن الآدمي لا يوزن بالقبان وفيه نظر، وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنها ولكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى م: (فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة) ش: بضم الجيم جمع جان كالقضاة جمع قاض م: (في الجنايات) .

ش: أراد أن الاعتبار في الجنايات المتعددة عدد الجناة لا عدد الجنايات حتى إن رجلا إذا جرح رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات، فالدية بينهما أنصافا، لأنه ربما سلم المجروح من عشر جراحات ويهلك من جراحة واحدة.

وأورد شبهتين، الأولى: أن الأجر والضمان لا يجتمعان، وهنا قد اجتمعا، لأنه وجب عليه نصف الضمان مع وجوب الآخر كما ذكرنا، الثانية: أنه لو استأجرها ليركبها بنفسه فلو أركب غيره يجب عليه كل القيمة وهاهنا نصف القيمة مع أنه ركب وأركب غيره، مع أن الضرر هاهنا أكثر والضمان يدور مع زيادة الضرر.." (٢)

"عدم التفاوت إذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل. وإن كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لأنه صح التقييد فصار مخالفا. وإن بلغ فله الأجر؛ لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة، قال: وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر، وإن بلغ فله الأجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/١٧٥

(٢) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٢٥٧

قال: ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها؛ لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شر فيضمن ما نقصها، ولا أجر له؛ لأنه غاصب للأرض

ــــــــQالتفصيل؟ فأجاب بقوله إلا أن الظاهر م: (عدم التفاوت إذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل) ش: يعني بين الطريقين بالتفاوت م: (وإن كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن، لأنه صح التقييد فصار مخالفا) ش: صورة ومعنى فيضمن م: (وإن بلغ) ش: بالتشديد يعني وإن بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذي عينه.

ويجوز بالتخفيف على إسناد الفعل إلى المتاع، يعني إن بلغ المتاع إلى المكان الذي عينه مع سلوكه في الطريق الذي لا يسلكه الناس م: (فله الأجر، لأنه ارتفع الخلاف) ش: أراد به مخالفة المستأجر م: (معنى) ش: أي من حيث المعنى لحصول غرض المستأجر م: (وإن بقي) ش: الخلاف م: (صورة) ش: أي من حيث الصورة، وذلك لأنه سلك غير ما عينه.

م: (قال: وإن حمله في البحر) ش: والحال أنه أمره بالمسير في البر م: (فيما يحمله الناس في البر) ش: أراد حمله في طريق في البحر لا يحمل الناس فيه م: (ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر) ش: حتى إن للمودع أن يسافر بالوديعة من طريق البر دون البحر م: (وإن بلغ) ش: يعني المكان الذي عينه مع حملانه في البحر م: (فله الأجر لحصول المقصود) ش: وهو بلوغ ذلك الشيء إلى الموضع الذي عينه م: (وارتفاع الخلاف معنى) ش: دون صورة وهو ذهابه في غير الطريق الذي عينه ولكن هذا الخلاف غير معتبر بعد حصول المقصود.

[استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة]

م: (قال: ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها) ش: بلا خلاف بين أهل العلم م: (لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها، فكان خلافا إلى شر فيضمن ما نقصها ولا أجر له) ش: أي للمستأجر على المؤجر، لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان** م: (لأنه غاصب للأرض) ش: وعند الشافعي وأحمد رب الأرض مخير بين أخذ الأجر وما نقصت الأرض، وبين أخذ أجر المثل للجميع. وعن أحمد عليه أجر المثل كالغاصب م: (على ما قررناه) ش: إشارة إلى قوله لأن الرطاب أضر بالأرض.." (١)

"والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه. وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه. وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن من الابتداء تعديا عند الكسر فيميل إلى أي الوجهين شاء. وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى. وفي الوجه الأول لا أجر له؛ لأنه ما استوفى عمله أصلا.

ــــــــQزحمت على القنطرة ودفعت بعضها بعضا فسقطت إلى الماء وعطبت فإنه يضمن، لأنه من جناية يده. ولو أن رجلا قال: استأجرتك لترعى غنمي خاصة مدة معلومة فهذا أجير الواحد.

وفي " الفتاوى الصغرى ": الراعي إذا كان مشتركا لا يجب عليه رعي الأولاد التي تحدث فإن شرط عليه في أصل العقد يجب

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٢٦٥

عليه رعي الأولاد م: (والسقوط بالعثار) ش: أي سقوط الحامل يحصل بالعثار م: (أو بانقطاع الحبل، وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد) ش: أي والحال أن الحمل شيء واحد حكما إذ الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو أن يجعله محمولا إلى موضع بعينه م: (تبين أنه وقع تعديا من الابتداء) ش: أي من ابتداء العقد م: (من هذا الوجه) ش: يتعلق بقوله وقع تعديا، وأراد به الوجه الذي ذكره وهو أن الحمل شيء واحد فيكون انكساره في الطريق كانكساره ابتداء.

م: (وله وجه آخر) ش: أي لوجوب الضمان وجه آخر. م: (وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن من الابتداء تعديا) ش: لأن ابتداءه به في الحقيقة سليم م: (وإنما صار تعديا عند الكسر) ش: أراد أنه كان في الابتداء غير متعد، فلما كسره ظهر أنه متعد، ولكن ما كان ظهوره إلا عند الكسر، فإذا كان جهة الضمان دائر بين الأمرين م: (فيميل إلى أي الوجهين شاء) .

م: (وفي الوجه الثاني) ش: وهو ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي انكسر م: (له الأجر بقدر ما استوفى، وفي الوجه الأول) ش: وهو ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي حمله م: (لا أجر له، لأنه ما استوفى عمله أصلا) ش: فالوجه الأول وجه حكمي.

فلهذا قلنا: إنه ليس يجمع بين الأجر والضمان، لأنهما **لا يجتمعان** عنده إذا كانا في حالة واحدة، وقد اختلفت الحالة هنا، لأنه في الوجه الثاني جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى أن كسر والأجر يجب في حالة الأمانة، وإنما صار مضمونا في حالة الكسر وهذه حالة أخرى.

فإن قلت: كان ينبغي أن لا يخير عند أبي حنيفة - رحمه الله - لكن يضمن قيمته في المكان الذي انكسر، لأن المال أمانة عند الأجير المشترك عنده، وإذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه.." (١)

"العمل، والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر، فصار كما إذا هلك العبد، وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما، ضار على اعتبار هلاك العبد، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة. وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الأجر، ومن غصب عبدا فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

ـــــــQ" الجامع الصغير " محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل عنده فأعطاه الأجر قال أجيز ذلك، وليس للمستأجر أن يأخذ الأجر، انتهى.

وقال الحاكم في " الكافي ": وإذا أجر العبد المحجور نفسه من رجل سنة بمائة درهم ليخدمه فخدمه ستة أشهر ثم أعتق فالقياس أنه لا أجر له فيما مضى، لأن المستأجر صار ضامنا فلا يجتمع الأجر والضمان، ولكنا نستحسن إذا سلم العبد أن يجعل له الأجر فيما مضى فيأخذه العبد ويدفعه إلى مولاه.

ويجوز الإجارة فيما بقي من السنة للعبد ولا خيار له في نقض الإجارة، لأنها جازت بعد عتقه بغير إجازة المولى وكذلك

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣١٧/١٠

الجواب إذا كان قبض الإجارة في حال رقه ويكون للعبد منها حصة ما بقي، وللمولى حصة ما مضى.
م: (وأصله) ش: أي أصل هذا الحكم م: (أن الإجارة صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز) ش: الإجارة م: (لانعدام إذن المولى وقيام الحجر) ش: في العهد فيصير كالغاصب بالاستعمال ولا أجر على الغاصب م: (فصار كما إذا هلك العبد) ش: فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر، لأنه ضامن بالغصب، والأجر بالضمان **لا يجتمعان**. وعند الثلاثة يجب أجر المثل بقدر العمل.
م: (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة، وإذا جاز ذلك) ش: أي العقد بعدما سلم من العمل صح قبض العبد الأجرة، لأنه هو العاقد وقبض البدل، ومتى صح قبضه م: (لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) ش: يعني لم يكن له أن يرد الأجر منه.
وكذا الحكم في الصبي المحجور إذا أجر نفسه وسلم من العمل، إلا أنه لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستأجر الدية، وعليه الأجر فيما عمل قبل الهلاك، بخلاف العبد المحجور إذا هلك من العمل يجب عليه قيمته ولا أجر عليه لما ذكرنا أنه صار غاصبا.
م: (ومن غصب عبدا فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: قيد بقوله فأجر العبد نفسه، لأنه لو أجره الغاصب كان الأجر له لا للمالك وضمان على الغاصب بالأكل باتفاق.." [1]
"قال: وإذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه لأن الردة تتعلق بالاعتقاد. ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك، فإن قالت المرأة: قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول قوله استحسانا؛ لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي
ـــــــQوقيل: من قبيل اختلاف الحكم، ثم في كل موضع يجب الحد على المكره لا يجب لها المهر، لأن الحد والمهر **لا يجتمعان** عندنا بفعل واحد، وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر، لأن الوطء في غير الملك لا ينتقل عن أحدهما، فإذا سقط الحد وجب المهر إظهارا لخطر المحل، سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك، أما الأول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها. وأما الثاني فلأن الإذن له ليس يحل الوطء، فكان إذنها كفؤا لكونها محجورة عن ذلك شرعا.

[من أكره على الردة هل تبين منه امرأته]
م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه، لأن الردة تتعلق بالاعتقاد) ش: يعني الردة تكون بتبدل الاعتقاد م: (ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر، وفي اعتقاده الكفر شك) ش: لأن الإيمان ثابت باليقين والردة تعتمد محض الاعتقاد وقد وقع الشك في اعتقاده الكفر بالارتداد كرها م: (فلا تثبت البينونة بالشك) ش: لأنها تترتب على وجود الردة من غير شك، والمترتب على ما شك فيه لا يثبت، ويجوز أن يكون قوله لأن الردة تتعلق بالاعتقاد دليلا مستقلا. وقوله: وفي اعتقاد الكفر شك دليلا آخر.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٣٣٢

وجه الأول تبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل، وهو الإكراه.

ووجه الثاني: أن الرد باعتقاد الكفر وفي اعتقاد الكفر شك لأنه أمر معين لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان، وقيام الإكراه يصرف من صحة الترجمة فلا تثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك.

م: (فإن قالت المرأة: قد بنت منك) ش: أي فإن اختلف الزوجان فقالت المرأة اعتقدت بقلبك الكفر حيث أجريت على لسانك كلمة الكفر بالإكراه وبنت منك م: (وقال هو) ش: أي الزوج م: (قد أظهرت ذلك) ش: أي الكفر بلساني خوفا من القتل م: (وقلبي مطمئن بالإيمان) ش: ولم يتبدل اعتقادي م: (فالقول قوله استحسانا) ش: فيبن به، لأن في القياس القول قولهما حتى يفرق بينهما، لأن كلمة الكفر سبب لحصول البينونة كلفظ الطلاق، فيستوي فيه الطائع والمكره، وأشار إلى وجه الاستحسان بقوله.

م: (لأن اللفظ) ش: يعني كلمة الكفر م: (غير موضوع للفرقة) ش: يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق م: (وهي)." (١)

"ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار،

وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب، بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوته؛ لأن في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة. قال - رضي الله عنه -: تقييد الوضع في الكتاب إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا تجتمعان في القسمة عندهما، وهو رواية هلال عنهما. وعن محمد - رحمه الله -: أنه يقسم إحداهما في الأخرى والبيوت في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة؛ لأن التفاوت فيما بينهما يسير

ـــــــQيقسم جبرا لأنها تصير حينئذ في حكم الأجناس، فيقسم كل دار على حدة م: (ولهذا) ش: أي ولتفاحش الاختلاف م: (لا يجوز التوكيل بشراء دار) ش: كما لا يصح بشراء ثوب للجهالة.

م: (وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما) ش: أي في التوكيل والتزويج م: (في الثوب) ش: يعني كما لو وكل بشراء ثوب أو يتزوج على ثوب فإنه لا يصح كما ذكرنا م: (بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها؛ لأن في قسمة كل بيت على حدة ضررا، فقسمت الدار قسمة واحدة) ش: الحاصل أن الدار لا تقسم قسمة واحدة عند أبي حنيفة إلا برضاء الشركاء، سواء كانت مجتمعة أو متفرقة. والبيوت تقسم قسمة واحدة مجتمعة كانت أو متفرقة لعلة التفاوت بين البيوت والمنازل إن كانت مجتمعة في دار واحدة تقسم كالدار الواحدة تبعا، وإن كانت في دور متفرقة أو كانت في دار واحدة ولكنها متباينة بأن كان أحد المنازل في أقصاها والأخرى في أدناها، فالجواب فيها كالدار في قولهم، لأن المنزل شبيها بالدار، والبيت [...] منها.

م: (قال - رضي الله عنه -: تقييد الوضع بالكتاب) ش: أي قال المصنف تقييد وضع المسألة في " مختصر القدوري "، يعني به الذي قال وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد م: (إشارة إلى أن الدارين كانتا في مصرين **لا يجتمعان** في القسمة

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١/٦٩

عندهما، وهي رواية هلال عنهما) ش: أي عن أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -، وهلال هو ابن يحيى البصري تلميذ أبي يوسف وزفر - رحمهما الله - وهو يسمى بهلال الرأي لفقهه.

م: (وعن محمد: أنه يقسم إحداهما في الأخرى) ش: أي أحد الدارين في المصرين، لأنه جعلهما جنسا واحدا باعتبار اتحاد الاسم كما لو كان في مصر واحد م: (والبيوت في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة؛ لأن التفاوت فيما بينهما يسير) ش: لأنها لا تتفاوت في معنى السكنى ما ليست اسم لسقف واحد له دهليز، فلا يتفاوت في المنفعة عادة، ألا ترى أنه يؤجر بأجرة واحدة في كل محلة.." (١)

"شخصين: يجب القود على الحاز. فصار كتخلل البرء، بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد، وبخلاف ما إذا كانا خطأين. لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة، ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة، **ولا يجتمعان**. أما القطع والقتل قصاصا يجتمعان.

قال: ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ عن تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة؛ لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الأرش، وإن بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة. وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أصل على أصل أبي حنيفة - رحمه الله -.

ـــــــQشخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء) ش: ولا جمع فيه بالاتفاق م: (بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد، وبخلاف ما إذا كانا) ش: أي القتل والقطع م: (خطأين لأن الموجب الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة) ش: بدليل أن عشرة لو قتلوا رجلا خطأ: يجب عليهم دية واحدة.

م: (ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل) ش: يعني القطع بانقطاع توهم السراية م: (وذلك) ش: إنما يكون م: (بالحز القاطع للسراية) ش: وبه يجب ضمان الكل م: (فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة) ش: وهي حالة الجزء.

م: (**ولا يجتمعان**) ش: أي والحال أنهما **لا يجتمعان** م: (أما القطع والقتل قصاصا يجتمعان) ش: لأن مبنى العمد على التغليظ والتشديد، ولهذا تقتل الجماعة بالواحد، وليس كذلك الخطأ لأن مبناه على التحقيق، وهذا لا تتعدد الدية بتعدد القاتلين.

[ضرب رجلا مائة سوط فبرأ عن تسعين ومات من عشرة]

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في - الجامع الصغير -: م: (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ عن تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) ش: ومعنى هذا ضربه في موضع تسعين، وفي موضع آخر عشرة فبرأ موضع التسعين ولم يبرأ موضع العشرة م: (لأنه لما برأ منها) ش: أي من التسعين م: (لا تبقى معتبرة في حق الأرش) ش: لأنه لما لم يبق أثر جعل

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٢٧/١١

كأنها لم توجد في حق الضمان. م: (وإن بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة) ش: فلا يجب إلا دية واحدة.
م: (وكذلك) ش: أي الجواب في م: (كل جراحة اندملت ولم يبق لها أصل) ش: مثل إن كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر، فإنها لا تبقى معتبرة لأن حق الأرش ولا في حكومة عدل وإنما تبقى في حق التعزير، م: (على أصل أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: إنما قيد بقوله، ولم يبق لها أثر حتى لو بقي أثر الجراحة من نقصان أو غيره، تجب حكومة العدل بلا خلاف لأحد، أما إذا لم يبق أثر لأنه لا قيمة بمجرد الألم، وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله -." (١)

"فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة، هذا إذا لم يعتقه، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل.

قال: وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان، قيمة لصاحب الدين، وقيمة لأولياء الجناية لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد: الدفع للأولياء، والبيع للغرماء، فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف،

ـــــــــQومعنى قوله م: (فإذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة) ش: يعني القصاص.

م: (هذا) ش: الذي ذكرناه م: (إذا لم يعتقه، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل) ش: وهو قوله لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح.

[جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية]

م: (قال) ش: أي محمد في " الجامع الصغير ": م: (وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية) ش: قيد بعدم العلم ليبني عليه م: (فعليه) ش: أي فعلى المولى م: (قيمتان، قيمة لصاحب الدين، وقيمة لأولياء الجناية) ش: وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ومالك م: (لأنه) ش: أي لأن المأذون م: (أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد: الدفع للأولياء، والبيع للغرماء، فكذلك عند الاجتماع) ش: أي اجتماع الحقين م: (ويمكن الجمع بين الحقين) ش: هذا جواب عما يقال: لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع يجوز أن يكونا متنافيين **فلا يجتمعان** ليكون الإتلاف وارد عليهما.

وتقرير الجواب: الجمع بينهما ممكن م: (إيفاء) ش: أي من حيث الإيفاء م: (من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما) ش: أي يضمن المولى القيمتين م: (بالإتلاف) ش: والأصل أن العبد إذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء، فإن دفع في دين الغرماء، فإن فضل شيء كان لأصحاب الجناية، وإنما بدأنا بالدفع لأنه به يوفى الحقين، فإن حق ولي الجناية يصير وفي بالدفع، ثم يباع بعده لأرباب الديون، ومتى بدأنا ببيعه في الدين تعذر الدفع بالجناية، لأنه تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في مدة جنايته.

فقيل: ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجبا) وأجيب: بأنها إثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين،

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/١٣٤

فإن للناس في الأعيان أغراضا، وإنما لم يبطل الدين لحدوث الجناية، لأن موجبها صيرورته حرا، فإذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا، ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف إلى أولياء الجناية، لأنه بيع على ملكهم، فإن لم يثبت بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الأول، وإنما قيد المسألة بعدم العلم." (١)

"لاسم للذكور، وانتظامه للإناث تجوز، والكلام لحقيقته. بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث؛ لأنه ليس يراد بها أعيانهم إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم

ـــــــQالاسم للذكور وانتظامه للإناث تجوز، والكلام لحقيقته) ش: بالإجماع، مع أن الحقيقة والمجاز **لا يجتمعان؟** .

قلنا: خطاب المكلف دل على أن المراد العقلاء، إذ التكليف يبنى على العقل، فيتناولهم عموم المجاز، أما هاهنا لم يدخل على العموم دليل، بل دل على الخصوص، وهو أن الموصي لم يقل: لأولاد فلان، بل قال: لبني فلان.

م: (بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ) ش: القبيلة واحدة القبائل، وهو بنو أب واحد، والفخذ بفتح الفاء وكسر الخاء في العشائر أقل من البطن، وبيانه أن العرب على ست طبقات، وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة، والشعب يجمع القبائل، والقبيلة تجمع العمارة، والعمارة تجمع البطون، والبطون تجمع القبائل، خزيمة شعب، وكنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقصي بطن، وهاشم فخذ، والعباس فصيلة وسميت الشعوب لأن القبائل تشعبت منها.

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده: إذا أوصى لبني كنانة لا يدخل تحت الوصية أولاد نضر؛ لأنه فوقهم، ويدخل أولاد كنانة إلى الفصيلة. وإذا أوصى لبني قريش وهو عمارة لا يدخل تحت الوصية أولاد نضر وكنانة لأنهم فوقهم، ويدخل أولاد قريش وقصي وأولاده والعباس وأولاده؛ لأن هؤلاء دونهم، وإذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وهو قبيلة فالثلث بينهم على السوية إذا كانوا يحصون.

م: (حيث يتناول الذكور والإناث؛ لأنه ليس يراد بها أعيانهم، إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم) ش: وهو جمع حليف، وهو اسم من يأتي قبيلة فيحلف لهم ويحلفون لهم على التناصر. وقال الكرخي في " مختصره -: وإذا قال لبني فلان وبنو فلان أولئك قبيلة لا تحصى مواليهم في الوصية مولى الموالاة الذين أسلموا على أيديهم ووالوهم ومولى العتاقة وحلفاؤهم وأعدادهم معهم.

وإن كان أوصى لبني فلان وهم بنو أب وليسوا بقبيلة ولا فخذ كانت الوصية لبني فلان من العرب خاصة دون الموالي والحلفاء انتهى.." (٢)

"على أن المرور في أرض الغير بغير اذنه هل يباح اختلفوا فيه قال الفقيه إن علم أن المالك أحدثه حل وإن علم أنه غصب حرم وعن الامام الأعظم رحمه الله تعالى أنه إذا كان له حائط أو حائل لا يحل المرور ولا النزول فيه وإن لم يكن فلا بأس به وعن أبي القاسم رحمه الله تعالى إذا خفي عليه الطريق يمشي في الأرض المزروعة ولا يطأ الزرع وفي المنبع رجل غصب

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٩٠/١٣

(٢) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٧٥/١٣

جارية فحبلت في يده إن كان الحبل من المولى أو الزوج فلا شيء على الغاصب وإن كان الحبل من زنى أخذها المولى وضمنه النقصان

والكلام في قدر الضمان قال أبو يوسف رحمه الله ينظر إلى ما نقصها الحبل وإلى أرش عيب الزنى فيضمن الأكثر ويدخل الأقل فيه وهذا استحسان وفي القياس أن يضمن الأمرين جميعا وروى عن محمد أنه أخذ به لأن الحبل والزنى كل واحد منهما عيب على حدة فكان النقصان الحاصل بكل واحد منهما نقصانا على حدة فيفرز بضمان على حدة

ومن غصب أمة فزنى بها هو أو غيره فحبلت عنده فردها إلى المالك فهلكت بالولادة أو في النفاس ضمن الغاصب قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة اتفاقا وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن في الأمة شيئا أيضا والصحيح أن عليه ضمان نقصان الحبل عندهما وهل يجب على الغاصب حد الزنى أم لا لم يتعرض لهذا الحكم في الهداية ولا في شرح الجامع الصغير لكن ذكر الشيخ حسام الدين السغناقي رحمه الله تعالى في نهايته أنه يجب الحد لأن ضمان الغصب يوجب الملك دون ضمان الجناية ولهذا لو زنى بجارية ثم قتلها يحد عندهم لأنه لا يملكها بالضمان حتى يصير شبهة بخلاف مالو غصب جارية فزنى بها فقتلها ثم ضمن قيمتها لم يحد لأن ضمان الغصب يوجب الملك ولو غصب أمة فزنى بها فماتت قال محمد رحمه الله تعالى الأصح أنه تجب القيمة ولا يجب الحد فعلى هذا إن وجوب ضمان الجناية مع وجوب الحد يجتمعان وأما وجوب ضمان الغصب مع وجوب الحد فلا يجتمعان وفي العمادى إذا حبس رجلا حتى ضاع ماله لا يضمن ولو حبس المال من المالك وضاع يضمن

إذا حال بين رجل وأملاكه حتى تلفت لا ضمان عليه ولو فعل ذلك في المنقول ضمن

رجل وقف بجنب دابة انسان ومنع صاحبها عنها حتى هلكت لا يضمن وأوضح من هذا إذا قاتل صاحب المال وقتله ولم يأخذه حتى تلف المال لا يضمن وقد مر في فصل أنواع الضمانات ما يخالف هذه المسألة

وسئل مولانا الشيخ علاء الدين والشيخ نظام الدين عن صاحب العمادى تغمدهم الله برحمته عن رجل ختم ماء أرز آخر حتى هلك الأرز هل يضمن أجاب مولانا الشيخ علاء الدين أنه يضمن

وفي التجنيس رجل أراد أن يسقي زرعه فمنعه إنسان حتى فسد زرعه لا يضمن قلت وهذه المسألة تخالف ما قبلها والله أعلم

وفي القنية إذا منع الآجر أو صاحب الأرض المستأجر من نقل متاعه إلى أن يعطي ما عليه من الخراج فهلك من مطر أو غيره لا يضمن إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في القيمة فالقول في قيمة المغصوب قول الغاصب مع اليمين إلا أن يقيم المالك البينة بأن القيمة أكثر مما قاله الغاصب فحينئذ يعمل ببينته لأنه نور دعواه بالحجة الملزمة

وفي الذخيرة وإن لم يكن لرب الثوب بينة وجاء الغاصب ببينة أن قيمة ثوبه كذا وكذبه رب الثوب." (١)

"مختلفة فمنها عشرة دراهم على وزن عشرة مثاقيل وعشرة على ستة مثاقيل وعشرة على خمسة مثاقيل فأخذ عمر من كل نوع ثلثا كي لا تظهر الخصومة في الأخذ والإعطاء فثلث عشرة ثلاثة وثلث وثلث ستة اثنان وثلث خمسة درهم

(١) لسان الحكام ابن الشِّحْنَة، لسان الدين ص/٣٠٦

وثلثان فالمجموع سبعة وإن شئت فاجمع المجموع فيكون أحدا وعشرين فثلث المجموع سبعة ولذا سمي الدرهم وزن سبعة

(وفي مضروب كل) خبر مبتدأ هو قوله الآتي ربع عشر (ومعموله ولو حليا) وهو ما يتحلى به من الذهب والفضة (مطلقا) أي سواء كان مباح الاستعمال أو لا وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – لا تجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال؛ لأنه مباح الاستعمال فأشبه ثياب البذلة ولنا ما روي «أنه – عليه الصلاة والسلام – قال لامرأتين في أيديهما سواران من ذهب أتؤديان زكاته قالتا لا فقال – عليه الصلاة والسلام – أديا زكاته»

(وتبره وعرض تجارة قيمته) هو مع ما بعده صفة عرض وهو بسكون الراء متاع لا يدخله كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا كذا في الصحاح وأما العرض بفتحها فمتاع الدنيا ويتناول جميع الأموال فلا وجه له هاهنا لجعله مقابلا للذهب والفضة (نصاب من أحدهما) أي الذهب والفضة قال الزيلعي قوله في عرض التجارة ليس يجري على إطلاقه، فإنه لو اشترى أرض خراج ونوى التجارة لم تكن للتجارة؛ لأن الخراج واجب فيها وكذا إذا اشترى أرض عشر وزرعها أو اشترى بذرا للتجارة وزرعه، فإنه يجب فيه العشر ولا تجب فيه الزكاة؛ لأنهما **لا يجتمعان** أقول، هذا الكلام منه في غاية الاستبعاد أما أولا فلما عرفت أن الأرض غير العرض؛ لأنها من العقار والعرض يقابل العقار وأما ثانيا فلأن عدم وجوب الزكاة في البذر إنما حدث بعد الزراعة وذلك لا يضر؛ لأن مجرد نية الخدمة إذا أسقط وجوب الزكاة في العبد المشترى للتجارة كما مر فلأن يسقط التصرف الأقوى من النية أولى

(مقوما بالأنفع للفقير ربع عشر) أي إن كان التقويم بالدراهم أنفع للفقير قوم عرض التجارة بها وإن كان بالدنانير أنفع قوم بها

(ثم في
ـــــــــQفي الفرائض.

(قوله: لو حليا) أي سواء كان حلية نساء أو سيف أو منطقة أو لجاما أو سراجا والكواكب في المصاحف والأواني وغيرها إذا كانت تخلص عن الإذابة يجب فيها الزكاة في البحر

(قوله: وهو بسكون الراء) أقول وتحرك كما في القاموس (قوله: كذا في الصحاح) أقول لكنه قول أبي عبيد وظاهر إطلاق اللغة خلافه؛ لأن عبارة الصحاح نصها العرض المتاع وكل شيء فهو عرض سوى الدراهم والدنانير، فإنهما عين وقال أبو عبيد العروض الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا تكون حيوانا ولا عقارا اهـ. (قوله: وأما العرض بفتحها فمتاع الدنيا) أقول فيكون أعم من التفسير السابق وعلمت ما قدمناه عن القاموس من أنه يحرك. اهـ.
وأما العرض بضم العين فهو الجانب وبالكسر ما يحمد الرجل به ويذم كما ذكره تاج الشريعة اهـ وفي المغرب العرض بسكون

الراء خلاف الطول اهـ يعني مع ضم العين (قوله: أقول هذا الكلام منه في غاية الاستبعاد. . . إلخ) الاستبعاد بعيد عن كلام الزيلعي لما علمت أن جعل الأرض غير العرض إنما هو قول أبي عبيد كما قدمناه والصواب أن العروض هنا جمع عرض بسكون الراء على تفسير الصحاح فتخرج النقود فقط لا على قول أبي عبيد وبذا رد صاحب البحر كلام صاحب الدرر. اهـ. وإن عم كلام الصحاح السوائم فقد خرجت بما علم من حكمها قاله المقدسي (قوله: وأما ثانيا. . . إلخ) متجه في رد اعتراض الزيلعي بمن اشترى بذرا للتجارة فزرعه والجواب عن الكنز وغيره أن من أطلق وجوب الزكاة فيما اشتري للتجارة أراد ما تصح فيه النية كما قدمنا لا عموم الأشياء

(قوله: مقوما بالأنفع للفقير) قدمنا الوعد ببيان وقت القيمة وهو كما قال في الجوهرة في باب زكاة الإبل ثم الواجب هنا العين وله نقلها إلى القيمة وقت الأداء اهـ.

والإشارة بهنا في كلام الجوهرة إلى باب زكاة السائمة؛ لأن اعتبار القيمة في السائمة يوم الأداء بالاتفاق والخلاف في زكاة المال فتعتبر القيمة وقت الأداء في زكاة المال على قولهما وهو الأظهر وقال أبو حنيفة يوم الوجوب كما في البرهان وقال الكمال والخلاف مبني على أن الواجب عندهما جزء من العين وله ولاية منعها إلى القيمة فيعتبر يوم المنع كما في منع رد الوديعة وعنده، الواجب أحدهما ابتداء ولذا يجبر المصدق على قبولها اهـ.

والقول بأن الواجب هو العين بناء على ما ظنه بعض أصحابنا أن أداء القيمة بدل عن الواجب حتى لقب المسألة بالإبدال وليس كذلك، فإن المصير إلى البدل لا يجوز إلا عند عدم الأصل وأداء القيمة مع وجود المنصوص عليه جائز عندنا (قوله أي إن كان التقويم. . . إلخ) أفاد أنه يقوم بالمضروب به صرح الزيلعي والعبرة بالبلد الذي به المال ولو كان في مفازة تعتبر القيمة في أقرب الأمصار إلى ذلك الموضع كما في الفتح وقال في البحر: إنه أولى مما في التبيين من أنه إذا كان في المفازة يقوم في المصر الذي يصير إليه. اهـ.." (١)

"(المشتركة) لأن السبب قد تم في ذلك الوقت والحكم يضاف إلى تمام العلة (لا) عند (عود الآبقة ورد المغصوب والمستأجرة وفك المرهونة) لانتفاء استحداث الملك.

(ورخص حيلة إسقاطه عند أبي يوسف خلافا لمحمد ويفتى بالأول إن علم عدم وطء بائعها في ذلك الطهر وبالثاني إن وطئ وهي) أي الحيلة (أن يتزوجها المشتري) قبل الشراء (إن لم تكن تحته حرة) حتى لو كانت حرة لم يجز نكاح الأمة على الحرة كما سيأتي في كتاب النكاح (ثم يشتريها) إذ بالنكاح لا يجب الاستبراء ثم إذا اشترى زوجته يبطل النكاح ويحل الوطء ويسقط الاستبراء قال في الفتاوى الصغرى قال ظهير الدين رأيت في كتاب الاستبراء لبعض المشايخ أنه إنما يحل للمشتري وطؤها في هذه الصورة لو تزوجها ووطئها ثم اشتراها؛ لأنه حينئذ يملكها وهي في عدته أما إذا اشتراها قبل أن يطأها فكما اشتراها بطل النكاح ولا نكاح حال ثبوت الملك فيجب الاستبراء لتحقق سببه وهو استحداث حل الوطء بملك اليمين

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ١/١٨١

قال وهذا لم يذكر في الكتاب وهذا دقيق حسن إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى (وإن كانت) تحته حرة (فهي) أي الحيلة (أن يزوجها البائع قبل البيع أو) يزوجها (المشتري قبل القبض من يوثق به) مفعول يزوجها أي يعتمد على أنه يطلقها (ثم يشتريها) المشتري (ويقبضها) ثم يطلق الزوج لا يجب الاستبراء؛ لأنه اشترى منكوحة الغير ولا يحل وطؤها فلا استبراء فإذا طلقها الزوج قبل الدخول حل على المشتري وحينئذ لم يوجد حدوث الملك فلا استبراء (أو) يزوجها المشتري قبل القبض من يوثق به و (يقبض فيطلق الزوج) ، فإن الاستبراء يجب بعد القبض وحينئذ لا يحل الوطء وإذا حل بعد طلاق الزوج لم يوجد حدوث الملك فقوله فيطلق الزوج متعلق بما قبله أيضا.

(من فعل بشهوة إحدى دواعي الوطء بأمتيه **لا يجتمعان** نكاحا) صفة أمتيه سواء كانتا أختين أو امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا (حرم عليه وطء واحدة) منهما (ودواعيه حتى يحرم إحداهما عليه) يعني أن من له أمتان كما ذكر فقبلهما مثلا بشهوة، فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها والأصل فيه قوله تعالى ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ [النساء: ٢٣] عطفا على أمهاتكم في قوله تعالى ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم﴾ [النساء: ٢٣] ثم المراد من تحريمهن تحريمهن في حق قضاء الشهوة وأسبابه بالإجماع.

(وكره تقبيل الرجل وعناقه في إزار) واحد (ولو عليه قميص) أو جبة (لا يكره)

ـــــــــــــــــــــــــــــQقوله: لا عند عود الآبقة) أي في دار الإسلام ولا في إبطال بيع بخيار البائع أو المشتري ولو سلم للمشتري في قول أبي حنيفة وكذا إذا باع مدبرة أو أم ولد وسلم للمشتري، ثم استردها قبل وطء المشتري لا يلزمه الاستبراء كما في قاضي خان.

(قوله: ورد المغصوبة) أي إذا لم يبعها الغاصب فإن باعها وسلم للمشتري ثم استردها المغصوب منه بقضاء أو رضاء فإن كان المشتري علم بالغصب لا يجب الاستبراء على المالك وطئها المشتري من الغاصب أو لم يطأ وإن لم يعلم المشتري وقت الشراء أنها غصب إن لم يطأ لا يجب الاستبراء وإن وطئها في القياس لا يجب وفي الاستحسان يجب كذا في قاضي خان.

(قوله: ويفتى بالأول. . . إلخ) كذا في الهداية.

(قوله: وهي أن يتزوجها المشتري قبل الشراء) قال قاضي خان ثم يسلمها المولى إليه ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء وإنما يشترط تسليم الجارية إليه قبل الشراء كي لا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح. اهـ. ولا بد من هذا فكان ينبغي للمصنف ذكره.

(قوله: قال ظهير الدين رأيت في كتاب الاستبراء لبعض المشايخ. . . إلخ) نص على أنه لغير الإمام ظهير الدين.

وقال قاضي خان قال الشيخ الأجل ظهير الدين عندي يشترط. . . إلخ فيفيد أنه له.

(قوله: أي يعتمد على أنه يطلقها) فإن خشي عدم طلاقه يزوجها على أن أمرها بيده متى شاء كذا في قاضي خان والعناية.

(قوله: ثم يطلق الزوج) أي قبل الوطء كما سيذكره وقيد بطلاقه بعد قبض المشتري؛ لأنه لو طلقها قبله كان على المشتري

الاستبراء إذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد – رحمه الله –؛ لأنه إذا طلقها قبل القبض فإذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء، كذا في العناية وقاضي خان.
(قوله: أو يزوجها المشتري قبل القبض من يوثق به ويقبض إلى آخر شرحها) مستدرك بما هو متصل به قبله (قلت) بقي حيلة رابعة هي أحسن الحيل وهي أن يكاتبها المشتري ثم يقبضها فيفسخ برضاها، كذا في المواهب وغيرها وهذه أسهل الحيل خصوصا إذا كانت على مال كثير حال أو منجم بقريب فتعجز عنه.

(قوله: أو يعتقها) مثله الكتابة، بخلاف الإجارة والتدبير.

(قوله: وكره تقبيل الرجل) لم يقيده بموضع من جسده فشمل كما قال في الهداية ويكره أن يقبل فم الرجل أو يده أو شيئا منه وهذا قول أبي حنيفة، وقالا: لا بأس بالتقبيل والمعانقة (قوله: ولو عليه قميص أو جبة لا تكره المعانقة) هذا بالإجماع وهو الصحيح كما في الهداية." (١)

"فأسلمت، ثم قذفها قبل عرض الإسلام عليه (وإن صلح لها) أي الزوج للشهادة (وهي لا تصلح) لها بأن كانت أمة، أو كافرة، أو محدودة في قذف، أو صبية، أو مجنونة (أو لا يحد قاذفها) بأن كانت زانية (فلا حد عليه) كما إذا قذفها أجنبي (ولا لعان) لأنه خلف عنه.

(وصورته) أي صورة اللعان (ما نطق به النص) يعني القرآن وحاصله أن يقول الزوج أولا أربع مرات: أشهد بالله إني صادق فيما رميتها به من الزنا، وفي الخامسة لعنة الله عليه إن كان كاذبا فيما رماها به من الزنا مشيرا إليها في كله، ثم تقول هي أربع مرات: أشهد بالله إنه كاذب فيما رماني به من الزنا، وفي الخامسة غضب الله عليها إن كان صادقا فيما رماني به من الزنا فإنهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا كما ورد به الحديث: إنكن تكثرن اللعن وتكفرن العشير وسقطت حرمة اللعن في أعينهن فعساهن يخترن اللعن بخلاف الغضب (فإن التعنا فرق القاضي بينهما) ولا تبين قبله حتى لو مات أحدهما قبله ورثه الآخر ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة بأن كذب نفسه، أو قذف إنسانا فحد له، أو نحو ذلك لم يفرق بينهما (ونفي نسب الولد إن قذفها به وألحقه بأمه) وبانت بطلقة وشرطه أن يكون العلوق حال جريان اللعان بينهما حتى لو علقت أمة، أو كافرة، ثم أعتقت، أو أسلمت لا ينفي ولا يلاعن لأن نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا يتغير بعده (فإن كذب نفسه حد) لإقراره بوجوب الحد عليه (فله) أي بعدما حد جاز له (أن يتزوجها) ومعنى قوله – صلى الله عليه وسلم – «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» أنهما **لا يجتمعان** ما داما متلاعنين كما يقال: المصلي لا يتكلم أي ما دام مصليا (كذا إن قذف غيرها بعده) أي بعد التلاعن (فحدت، أو زنت) فإنه إذا بحد القذف لم يبق أهلا للعان وكذا المرأة بعد الزنا لم تبق أهلا له فجاز أن يتزوجها، وإنما لم يقل، أو زنت فحدت كما وقع في الهداية وغيره لأن مجرد زناها يسقط إحصانها فلا حاجة إلى ذكر الحد بخلاف القذف؛ إذ لا يسقط به الإحصان حتى تحد روي عن الفقيه المكي أنه كان:

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ٣١٧/١

يقول زنت بتشديد النون أي نسبت غيرها إلى الزنا وهو القذف فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا كما ذكر ولا يبقى الإشكال.

(لا لعان بقذف الأخرس) لأنه قائم مقام حد القذف وقذفه لا يعرى عن شبهة والحدود تندرئ بها.
(و) لا (بنفي الحمل) لأن قيامه عند الحمل غير معلوم لاحتمال كونه انتفاخا (وإن ولدت لأقل المدة) وقالا: يجب بنفيه إذا جاءت به لأقلها (وتلاعنا بزنيت وهذا الحمل منه) لوجود القذف منه صريحا بقوله زنيت (ولا ينفي القاضي الحمل) أي نسب الحمل من القاذف؛ لأن تلاعنهما كان بسبب قوله زنيت لا بنفي الحمل (نفي الولد عند التهنئة)
ــــــــQيفيد هذا بما إذا مضت مدة التهنئة كما سيذكره المصنف لأن نفيه في مدة التهنئة صحيح فتأمل.

(قوله: فلا حد عليه كما إذا قذفها أجنبي) يعني به الزانية ونحوها كالأمة دون المحدودة في قذف لأنها إذا كانت عفيفة وقذفها أجنبي حد.
(قوله: وحاصله. . . إلخ) يتأمل في عدوله عن معنى ما نطق به النص من حذف بعض المؤكدات إلى ما ترى فليس صوابا، ثم اعلم أن المذكور في الهداية وغيرها: فيما رميتها به، وهو ظاهر الرواية والخطاب هو رواية الحسن عن الإمام نظر إلى أنه أقطع للاحتمال، ووجه الظاهر أن ضمير الغائب إذا اتصل به الإشارة ينقطع الاحتمال أيضا كما في شرح المجمع

[صورة اللعان]
(قوله: فإن التعنا فرق القاضي) يعني وجوبا كما في شرح المجمع، وإن فرق بعد وجود أكثر اللعان صح ولو لم يفرق حتى مات، أو عزل فإن القاضي الثاني يعيده كما لو شهدا عنده كذلك كذا في النهر. (قوله: ولا تبين قبله) لكن يحرم عليه وطؤها كما قدمناه.
(قوله: أو نحو ذلك) يعني الخرس والوطء الحرام لا ما إذا جن أحدهما. (قوله: وشرطه أن يكون العلوق حال جريان اللعان) لو قال في حال يجري بينهما فيه اللعان لكان أولى كما هو ظاهر.
(قوله: فإن أكذب نفسه حد) أي إذا أكذبها بعد التلاعن، وإن كذب قبله ينظر فإن لم يطلقها قبل الإكذاب فكذلك، وإن أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد ولا لعان كما في التبيين وقال في النهر: وسواء كان الإكذاب باعترافه، أو ببينة، أو دلالة بأن مات الولد المنفي عن مال فادعى نسبه اهـ. ثم قوله: فإن أكذب نفسه ليس تكرارا بما تقدم من قوله: حبس حتى يلاعن، أو يكذب نفسه فيحد لأن ذاك فيما قبل اللعان وهذا فيما بعده.
(قوله: فله أي بعدما حد جاز له أن يتزوجها) الحد ليس قيدا لحل تزوجه بها قال في النهر: وكذا إذا لم يحد أو صدقته.
(قوله: فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا) هو الصواب ووقع في بعض النسخ لفظة القذف بعد الحد وهو سهو.

(قوله: لا لعان بقذف الأخرس) كذا لا حد كما في شرح المجمع، وفي كلام المصنف إشارة إليه.

(قوله: ولا ينفي الحمل لأن قيامه عند الحمل غير معلوم) الضمير في قيامه للحمل فلا يصح أن يقال: لأن قيام الحمل عند الحمل غير معلوم فالصواب أن يقال: لأن قيام الحمل عند القذف. . . إلخ كما فعل الزيلعي فليتأمل.
(قوله: نفي الولد عند التهنئة) فيه إشعار بكون الولد حيا وبه صرح في البدائع ولو كان الزوج غائبا فمتى بلغه الخبر يكون." (١)

"(من قصده) أي قطع الطريق سواء كان جماعة ممتنعين عن طاعة الإمام فقصدوه أو واحدا يقدر على الامتناع فقصده وهو مبتدأ خبره قوله الآتي حبس (معصوما) أي حال كون القاصد معصوم الدم بأن كان مسلما أو ذميا فإنه إن كان مستأمنا ففي إقامة الحد عليه خلاف (على معصوم) متعلق بالضمير البارز في قصده أي قصد القطع على مسلم أو ذمي حتى لو قطعه على مستأمن لا يجب عليه الحد (فأخذ) أي أمسك (قبل أخذ شيء) من المارة (و) قبل (قتل) لواحد منهم أو أكثر (حبس) بعد التعزير لمباشرته منكرا (حتى يتوب) لا بمجرد القول بل بأن يظهر فيه سيما الصلحاء (وإن أخذ) أي القاصد (مالا) ونصيب كل منه نصاب (قطع يده ورجله من خلاف) إن كان صحيح الأطراف كذا في تحفة الفقهاء (وإن قتل بلا أخذ قتل حدا) لا قصاصا (فلا يعفو عنه ولي) تفريع على كونه حدا ولو كان قصاصا لعفا ولي القصاص (وإن قتل وأخذ قطع ثم قتل أو صلب) عطف على قتل (أو قتل) عطف على قطع أي قتل ابتداء بلا قطع ثم قتل أو صلب (أو صلب حيا ويبعج) أي يشق بطنه برمح (حتى يموت) والأصل فيه قوله تعالى ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله﴾ [المائدة: ٣٣] الآية. أي يحاربون أولياء الله على حذف المضاف لأن أحدا لا يحارب الله تعالى ولأن المسافر في البراري والفيافي في أمان الله تعالى وحفظه فالمتعرض له كأنه يحارب الله تعالى والمراد به التوزيع على الأحوال كأنه قال أن يقتلوا إن قتلوا. . . إلخ لا التخيير كما قال مالك متشبثا بظاهره إذ ثبت ذلك بقوله - عليه الصلاة والسلام - «من أخذ المال قطع ومن قتل قتل ومن أخذ المال وقتل صلب» وقد روي أن جبريل - عليه السلام - نزل بهذا التقسيم في أصحاب أبي بردة (ويترك) مصلوبا ثلاثة أيام ليعتبر به غيره لا أكثر منها لأنه يتغير بعدها فيتأذى الناس به

(وما أخذ فتلف) أو أتلف (لا يضمن) يعني إذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد مر (وبقتل أحدهم حدوا) لأنه جزاء المحاربة وهي تتحقق بأن يكون البعض ردا للبعض حتى إذا زلت أقدامهم انحازوا إليهم والشرط هو القتل من واحد منهم وقد وجد (وحجر وعصا لهم كالسيف) لأن قطع الطريق يحصل بالقتل بأي آلة كانت بل بمجرد أخذ المال أو الإخافة (وإن جرح وأخذ) المال (قطع) أي قطع يده ورجله من خلاف (وهدر جرحه) لأن الحد لما وجب حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال لأن القطع مع الضمان **لا يجتمعان** (وإن جرح فقط) أي لم يقتل ولم يأخذ مالا جواب هذا الشرط قوله الآتي فلا حد (أو قتل عمدا) بحديدة (وأخذ المال فتاب) قبل أن يمسك (أو كان فيهم غير مكلف) أي صبي أو مجنون (أو ذو رحم محرم من المارة أو قطع بعض المارة على البعض أو قطع الطريق ليلا أو نهارا بمصر أو بين مصرين متقاربين فلا حد) أما سقوطه إذا جرح فقط فلأن هذه الجناية ليس فيها

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ١/٣٩٨

حد فلا

ـــــــــQقوله من قصده معصوما) شامل للعبد أو المرأة وهو ظاهر الرواية واختاره الطحاوي لأن الواجب قتل وقطع وهي كالرجل في جريان كل عليها عند تحقق سببه منها كما في الفتح (قوله حتى لو قطعه على مستأمن لا يجب الحد) أي ويضمن المال بثبوت عصمة ماله حالا وإن لم يكن على التأبيد ومحل عدم الحد بالقطع على المستأمن فيما إذا كان منفردا أما إذا كان مع القافلة فإنه يجب الحد على القطاع ولا يصير شبهة بخلاف اختلاط ذي الرحم بالقافلة كما في الفتح (قوله ونصيب كل منه نصاب) أي قدر عشرة دراهم مضروبة كما في السرقة الصغرى (قوله وإن قتل وأخذ قطع ثم قتل أو صلب. . . إلخ) المراد الجمع بين جميع هذه الثلاثة وعطفه القتل بثم ظاهر في إفادة تقديم القطع على القتل.

وفي الفتح والبرهان عطفه بالواو (قوله أو صلب حيا) كيفية الصلب أن تغرز خشبة في الأرض ثم يربط عليها خشبة أخرى عرضا فيضع قدميه عليها ويربط من أعلاها خشبة أخرى ويربط عليها يديه كذا في الجوهرة (قوله ويبعج) قال في الجوهرة ثم يطعن بالرمح في ثديه الأيسر ويخضخض بطنه برمح إلى أن يموت (قوله أي يحاربون أولياء الله) قال الكمال أي يحاربون عباد الله وهو أحسن من تقدير أولياء الله لأن هذا الحكم يثبت بالقطع على الكافر الذمي ثم قوله تعالى ﴿يحاربون الله ورسوله﴾ [المائدة: ٣٣] محاربته لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – إما باعتبار عصيان أمره وإما باعتبار أن الرسول – صلى الله عليه وسلم – هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والمملوك بعده نوابه وإذا قطع الطريق التي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه (قوله لا أكثر منها) قال الزيلعي وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبته حتى ينقطع ويسقط لأنه أبلغ في الإرداع

(قوله فلا ضمان عليه في مال أخذه) كذا لا يضمن ما قتل وما جرح كما في التبيين (قوله وبقتل أحدهم حدوا) أو قال وبمباشرة أحدهم حدوا لكان أولى لشموله غير القتل (قوله أو كان فيهم غير مكلف) كذا لو كان أخرس كما في النهر (قوله أو مصرين) أي بين مصرين (قوله أو قطع بعض المارة. . . إلخ) لو قال بعض القافلة لكان صوابا." (١)

"والضمان **لا يجتمعان** (وقبله لا أجر ويغرم) قال في الوقاية: فإن احترق بعدما أخرجه فله الأجر وقبله لا ولا غرم فيهما وقال صدر الشريعة أي في الاحتراق قبل الإخراج وبعد الإخراج أقول فيه بحث أما أولا فلأنه مخالف لما في شروح الهداية أن فيما قبل الإخراج غرما حتى قال في غاية البيان إنما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الإخراج من التنور؛ لأنه إذا احترق قبل الإخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا، وأما ثانيا فلأنه مخالف للقاعدة المقررة الآتي ذكرها من أن الأجير المشترك يضمن ما تلف بعمله، فإن قيل وضع المسألة فيما إذا خبزه في بيت المستأجر وذلك يمنع أن يخبزه لغيره فيكون أجيرا خاصا وسيجيء أن ما تلف بعمله لا يضمن قلنا قد صرح الشراح بأنه أجير مشترك حيث قالوا أجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة بالتخصيص كما سيأتي كمن استأجر شهرا للخدمة على أن لا يخدم غيره وما نحن فيه مستأجر على العمل بلا بيان المدة ولا مدخل للفعل في بيته فكان أجيرا مشتركا ولهذا غيرت العبارة إلى ما ترى ومنشأ هذه

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ٨٥/٢

الهفوة أن صاحب الهداية قال فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجرة له للهلاك قبل التسليم فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر؛ لأنه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه؛ لأنه لم توجد منه الجناية فجعل صاحب الوقاية قوله: ولا ضمان عليه متعلقا بما قبل الإخراج أيضا فلزم الحمد لله ملهم الصواب وإليه المرجع والمآب -

(من لعمله أثر) في العين (كصباغ وقصار يقصر بالنشا ونحوه) قيد به ليكون لعمله أثر واحترز به عن غاسل الثوب كما سيأتي (بحبس العين للأجر) ؛ لأن المعقود عليه وصف في الحمل فكان حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع (فلا غرم إن ضاع) العين (بعده) ؛ لأنه أمانة في يده (ولا أجر) ؛ لأن المعقود عليه هلك قبل القبض (ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح وغاسل الثوب) بغير ما ذكر (لا يحبس له) أي للأجر ذكر في النهاية أن القصار إذا لم يكن لعمله إلا إزالة الدرن اختلفوا فيه والأصح أن له حق الحبس على كل حال؛ لأن البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد أن كان هالكا بالاستتار فصار كأنه أحدثه بالإظهار وعزاه إلى الجامع الصغير لقاضي خان -

(بخلاف راد الآبق) حيث يكون له حق حبسه، وإن لم يكن لعمله أثر في العين، فإنه كان على شرف الهلاك فكأنه أحياه وباع منه بالجعل (إن شرط عمله لا يستعمل غيره) ؛ لأن المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه بخلاف السلم، فإن المعقود عليه هناك العين لا العمل فجاز أن يعمل غيره (وإلا) أي وإن لم يشترط عمله (جاز استعمال غيره) ؛ لأن الواجب عليه إحداث المعقود عليه ويمكنه الإيفاء بنفسه وبالاستعانة بغيره -

(استأجر رجلا ليجيء بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه لو) كان عياله (معلومين) ؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره (وإلا) أي وإن لم يكن عياله معلومين (فكله) أي فله كل الأجر.
(و) إن استأجر رجلا (لإيصال قط أو زاد إلى زيد إن رده) أي القط أو الزاد (لموته) أي زيد (أو غيبته) ذكره في النهاية (لا شيء له) أي للأجير؛ لأن المعقود عليه في الكتاب نقله؛ لأنه المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم

ـــــــــــــQوالمناسب أن يقال: إنه بالإخراج تم عمله وبالاحتراق بعد التسليم حكما لا ضمانا (قوله وقبله لا أجر ويغرم) أقول والمالك بالخيار إن شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمة الخبز وأعطاه الأجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح كما في التبيين

(قوله: من لعمله أثر في العين. . . إلخ) أقول ومحله حبسه للأجر إذا عمل في دكانه أما إذا عمل في بيت المستأجر فليس له حق الحبس كما في شرح المجمع عن الخلاصة (قوله: وغاسل الثوب بغير ما ذكر) قال الزيلعي اختلفوا في غسل الثوب حسب اختلافهم في القصارة بلا نشا وقد بيناه من قبل. اهـ. قلت والذي بينه هو ما حكاه المصنف - رحمه الله تعالى - عن النهاية وظاهر التعليل يفيد أن له حبس المغسولة أيضا على الأصح اهـ.
وفي القنية قال أستاذنا اختلف المشايخ في قول أصحابنا كل صانع لعمله أثر في العين له حبسها المراد به العين والأجزاء

المملوكة للصانع التي تتصل بمحل العمل كالنشانج والغراء والخيوط ونحوها أم مجرد ما يرى ويعاين في محل العمل ككسر الفستق والحطب وطحن الحنطة وحلق رأس العبد فاختار قح قب ظت الثاني واختار بم الأول ا هـ

(قوله: بخلاف السلم) يعني السلم فيها لو استصنع نحو خف مؤجلا

(قوله: لو كان عياله معلومين) أقول يعني للعاقدين أو ذكر عددهم للأجير (قوله: قط) قال في مختار الصحاح والقط الكتاب والصك بالجائزة ومنه قوله تعالى ﴿عجل لنا قطنا﴾ [ص: ١٦] اهـ." (١)

"؛ لأنه لا يستحق الأجرة إلا به لكونه أجيرا مشتركا ونفع الأجير في وقوعها على العمل؛ لأنه لا يستحق الأجر إلا به لكونه على المنفعة؛ لأنه يستحق الأجرة بمضي المدة عمل أو لا ففسد العقد ولو كان المعقود عليه كليهما أي يعمل هذا العمل مستغرقا لهذا اليوم فهو غير مقدور عادة وعن أبي حنيفة أنه إذا سمى عملا وقال في اليوم جازت الإجارة؛ لأن في للظرف لا لتقدير المدة فلا تقتضي الاستغراق وكان المعقود عليه العمل وهو معلوم -

(أو أرضا بشرط أن يبنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها) ؛ لأن أثر هذه الأفعال يبقى بعد انقضاء المدة ليست من مقتضيات العقد وفيه نفع صاحب الأرض فتفسد كالبيع (بخلاف استئجارها على أن يكريها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها) ؛ لأنه شرط يقتضيه العقد؛ لأن الزراعة مستحقة بالعقد وهي لا تتأتى إلا بالسقي والكرب فلا تفسد به (وبلا ذكر زراعتها أو ما يزرع فيها لم تصح) أما الأول فلأن الأرض تستأجر للزراعة والبناء والغرس فما لم يبين شيء منها لم يعلم المعقود عليه، وأما الثاني فلتفاوت أنواع الزراعات وإضرار بعضها بالأرض فما لم يبين شيء منها لم يعلم المعقود عليه (إلا أن يعمم المؤجر) بأن يقول على أن تزرع ما شئت فحينئذ تصح لوجود الإذن منه (ولو زرعها) بلا ذكر الزراعة أو ما يزرع (فمضى الأجل عاد) أي العقد (صحيحا) وله المسمى لارتفاع الجهالة بالزراعة قبل تمام العقد -

(استأجر جملا إلى بغداد ولم يسم حمله فحمل معتادا فهلك لم يضمن) ؛ لأن الإجارة فاسدة والعين أمانة ولم يوجد التعدي (وإن بلغ) المكان المعهود (فله المسمى) من الأجر استحسانا والقياس أن يجب أجر المثل؛ لأنه وقع فاسدا وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد (فإن تنازعا) أي العاقدان (قبل الزرع) في الصورة الأولى (أو الحمل) في الصورة الثانية (فسخت الإجارة) يعني فسخها القاضي دفعا للفساد -

(وإن تعدى) أي المستأجر على الدابة (وضمن أو حمل طعاما مشتركا) بينه وبين آخر فاستأجر أحدهما الآخر أو حماره إلى مكان كذا فحمل الطعام كله (فلا أجر له) لا المسمى ولا أجر المثل أما في الأول فلما تقرر أن الأجر والضمان **لا يجتمعان**، وأما في الثاني فلأن العقد ورد على ما لا يحتمل الوجود فبطل كإجارة ما لا منفعة له؛ لأن المعقود عليه حمل النصف الشائع

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ٢/٢٢٧

وحمله غير متصور؛ لأنه حسي لا يتصور في الشائع من حيث إنه شائع بخلاف البيع؛ لأنه تصرف شرعي وهو يحتمله –

(كما في الجحود في الطريق) يعني استأجر دابة ثم جحد الإجارة في بعض الطريق وجب أجر ما ركب قبل الإنكار ولا يجب الأجر لما بعده عند أبي يوسف؛ لأنه بالجحود صار غاصبا والأجر والضمان **لا يجتمعان** وعند محمد يجب الأجر كله؛ لأنه سلم من الاستعمال فسقط الضمان كذا في الكافي وزاد في شرح المجمع للمصنف بعد قوله فسقط الضمان قوله: وعقد الإجارة قائم؛ لأن الإجارة لا تنفسخ به وحده فوجب له الأجر المسمى على المستأجر لالتزامه بذلك –

(إجارة النفع بالنفع تجوز إذا اختلفا، وإذا اتحدا لا) يعني إذا أجر داره ليسكنها بسكنى دار أخرى أو دابة يركبها بركوب دابة أخرى أو ثوبه ليلبسه بلبس ثوب آخر لم يجز عندنا؛ لأن المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذا غير موجود في الحال، فإذا اتحد الجنس كان كمبادلة الشيء بجنسه نسيئة والجنس بانفراده يحرم

ــــــQقوله ونفع الأجير في وقوعها على العمل) لعل صوابه على المدة يوضحه تعليله بقوله؛ لأنه استحق الأجر بمضي المدة عمل أو لا ولكونه قسما لما يقع العقد عليه وهو العمل أو الزمان فليتأمل

(قوله؛ لأن أثر هذه الأفعال تبقى بعد انقضاء المدة) أقول لو كانت لإجارة طويلة فلا يبقى لفعله أثر بعدها أو كان الربع لا يحصل إلا به لا يفسد اشتراكه وقد يحتاج إلى كري الجداول ولا يبقى أثره إلى القابل عادة بخلاف كري الأنهار؛ لأن أثره يبقى إلى القابل عادة كما في التبيين (قوله: ولو زرعها فمضى الأجل عاد صحيحا) أقول صحة العقد لا تتوقف على مضي الأجل بعد الزراعة بل إذا زرع ارتفعت الجهالة لما ذكر بعد من وجه الاستحسان فيما إذا بلغ الحمل المكان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فليتأمل (قوله: عاد العقد صحيحا) يعني استحسانا

(قوله: كما في الجحود في الطريق) أقول لا يخفى أنه شبه عدم استحقاقه الأجر في التعدي وحمل الطعام المشترك بما إذا جهد في الطريق وفيه نظر؛ لأنه لا يسقط الأجر إلا فيما بقي على قول أبي يوسف خلافا لمحمد كما ذكره فكان ينبغي أن يقال كما فيما بقي بعد الجحود في الطريق

(قوله: وإذا اتحدا لا) أقول ثم لو استوفى أحدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية وروى الكرخي عن أبي يوسف أنه لا شيء عليه كما في التبيين." (١)

"حتى لو كان فيهم كبير لم يصح عندنا وعندهما لا يصح مطلقا لأن فيه إثبات الولاية للملوك على المالك وهو قلب المشروع وله أنه أوصى إلى من هو أهله فتصح كما لو أوصى إلى مكاتب نفسه أو مكاتب غيره، وهذا لأنه مكلف مستبد بالتصرف وليس لأحد عليه ولاية فإن الصغار، وإن كانوا ملاكا لكن لما أقامه أبوهم مقام نفسه صار مستبدا بالتصرف مثله

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ٢/٢٣٤

بلا ولاية لهم عليه بخلاف عبد الغير فإنه مولى عليه وبخلاف ما إذا كان فيهم كبير لأنه يبيع نصيبه أو يمنعه فيعجز الوصي عن الأداء بحقه فامتنع الجواز.

(و) أوصى (إلى عاجز عن القيام بها) أي بالوصاية لم يعزله القاضي بل (ضم إليه غيره) لأن في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق الورثة فإن تكميل النظر يحصل به لأن النظر يتم بإعانة غيره ولو شكا الوصي إليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لأن الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه، ولو ظهر للقاضي عجزه أصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين.

(ويبقى على الوصاية أمين يقدر) أي لا يجوز للقاضي إخراجه لأنه لو اختاره غيره لكان دونه لأنه مختار الميت ألا يرى أنه يقدم على أب الميت مع كمال شفقته فلأن يقدم على غيره أولى.

(و) أوصى (إلى اثنين لا ينفرد أحدهما) بالتصرف بدون الآخر (ولو) وصلية أي ولو كان إيصاؤه (إلى كل منهما بالانفراد) عند أبي حنيفة ومحمد إلا في أشياء ستبين.
وقال أبو يوسف: يتصرف كل في الجميع لأن الإيصاء من باب الولاية وهي إذا ثبتت لاثنين شرعا ثبتت لكل واحد كملا على الانفراد كالأخوين في ولاية الإنكاح فكذا إذا ثبتت شرطا فإن الولاية لا تحتمل التجزي لكونها عبارة عن القدرة الشرعية، والقدرة لا تتجزأ ولهما أن الموصي إنما رضي برأيهما لا رأي أحدهما لفرق بين بينهما بخلاف الأخوين في النكاح لأن السبب ثمة الإخوة وهي قائمة بكل منها على الكمال، والسبب هنا الإيصاء وهو إليهما لا إلى كل منهما ثم استثنى من قوله لا ينفرد أحدهما بقوله (إلا بشراء كفنه وتجهيزه) فإنه لا يبتني على الولاية وربما يكون أحدهما غائبا ففي اشتراط اجتماعهما فساد الميت ولو فعله عند الضرورة جيرانه جاز (والخصومة في حقوقه) لأنهما **لا يجتمعان** عليه عادة ولو اجتمعا لا يتكلم إلا أحدهما غالبا (وشراء حاجة الطفل) لأن في تأخيره خوف لحوق الضرر به (والاتهاب له) أي قبول الهبة للطفل فإنه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الأم ومن في عياله (وإعتاق عبد معين ورد وديعة وتنفيذ وصية معينتين) لعدم الاحتياج إلى الرأي وبيع ما يخاف تلفه وجمع أموال ضائعة لأن فيه ضرورة.

(وإن مات أحدهما فإن أوصى إلى الحي أو إلى آخره فله) أي لمن أوصى إليه الوصي سواء كان الحي أو آخر (التصرف) في التركة (وحده) ولا يحتاج إلى نصب القاضي وصيا (وإلا) أي، وإن لم يوص الوصي (ضم) أي القاضي (إليه غيره) لأن الموصي قصد أن يخلفه وصيان متصرفان في حقوقه وأمكن تحقيقه بنصيب وصي آخر.

(نصب القاضي وصيا أمينا كافيا لم ينعزل بعزله) لأنه اشتغال بما لا يفيد إلا أن لا يكون عدلا (فيعزله وينصب عدلا ولو عدلا غير كاف ضم إليه كافيا وينعزل بعزله قيل) قائله السمرقندي في مجموعاته (وينعزل به أيضا) أي بعزل القاضي (العدل الكافي واستبعد) أي

ـــــــــوقوله: لم يصح عندنا) أي عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – (قوله: وعندهما لا يصح مطلقا) هو القياس وقيل قول محمد مضطرب، ذكره العيني في شرح الهداية

(قوله: ولو شكا الوصي إليه فلا يجيبه. . . إلخ) كذا إذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لأن الموصي اختاره، والشاكي قد يكون ظالما في شكواه كذا في الكافي

(قوله: ويبقى على الوصاية أمين) يبقى مبني للمجهول وأمين نائب الفاعل

(قوله: وقال أبي يوسف يتصرف كل في الجميع) كذا قال الزيلعي: ثم قيل الخلاف فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة وأما إذا أوصى إليهما بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالإجماع كذا ذكره الكيساني وقيل الخلاف فيما إذا أوصى إليهما معا بعقد واحد وأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد أحدهما بالتصرف بالإجماع ذكره الحلواني عن الصفار قال أبو الليث وهو الأصح وبه نأخذ، وقيل الخلاف في الفصلين جميعا ذكره أبو بكر الإسكاف.
وقال في المبسوط وهو الأصح اهـ.
ما قاله الزيلعي (قوله: إلا بشراء كفنه. . . إلخ) زاد الزيلعي على ذلك رد البيع الفاسد وحفظ المال فينفرد به كل منهما

(قوله: وينعزل بعزله) أي ينعزل العدل الكافي الذي نصبه القاضي بعزله وهذا قول مقابل للقول الأول الجازم بعدم عزل العدل الكافي وكان على المصنف – رحمه الله تعالى – بيان ذلك لأنه إن لم يذكر كان ظاهر كلامه التناقض بلا وجه له
(قوله: وينعزل به أيضا أي بعزل القاضي العدل الكافي) أقول يعني ينعزل وصي الميت بعزل القاضي له كعزله منصوبه ولو كان عدلا كافيا وإن كان يخفى علم ذلك من متنه فقد أوضحه في الشرح بقوله استبعده ظهير الدين المرغيناني بأنه يقدم على القاضي لأنه مختار الميت." (١)

"البيع قبل القبض، ثم يطلق الزوج بعد الشراء والقبض أو بعد القبض ومن ملك أمتين **لا يجتمعان** نكاحا فله وطؤ إحداهما فقط ودواعيه فإن وطئهما أو فعل بهما شيئا من الدواعي حرم عليه وطؤ كل منهما ودواعيه حتى يحرم أحداهما.." (٢)

"﴿وهي رميم﴾ [يس: ٧٨] يعود إلى العظام بالمعنى الغير المراد لا بالمعنى المراد وهو النفوس فكان من باب الاستخدام هذا ما ظهر لي الثالث ما ذكره في غاية البيان والعناية أن المراد أصحاب العظام على تقدير مضاف
فإن قلت المفهوم من الآية إحياؤها في الآخرة وأحوالها لا تناسب أحوال الدنيا قلنا سوق الكلام صريح في الرد على من أنكر إعادتها في الآخرة إلى ما كانت عليه في الدنيا بعد أن صارت بالية خالية عن استعداد العود إليها في زعمهم، وقد

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ٢/٤٤٨

(٢) ملتقى الأبحر إبراهيم الحَلَبي ص/٢١٠

استدل بعض مشايخنا لغير العظم ونحوه بقوله تعالى ﴿ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها أثاثا ومتاعا إلى حين﴾ [النحل: ٨٠] ووجه الدلالة عموم الآية، فإن الله تعالى من علينا بأن جعل لنا الانتفاع، ولم يخص شعر الميتة من المذكاة فهو عموم إلا أن يمنع منه دليل وأيضا، فإن الأصل كونها طاهرة قبل الموت بإجماع ومن زعم أنه انتقل إلى نجاسة فعليه البيان، فإن قيل حرمت عليكم الميتة وذلك عبارة عن الجملة قلنا نخصه بما ذكرنا، فإنه منصوص عليه في ذكر الصوف، وليس في آيتكم ذكر الصوف صريحا، فكان دليلنا أولى كذا ذكر القرطبي في تفسيره وذكر أن الصوف للغنم والوبر للإبل والشعر للمعز وقد أجاب الأتقاني في غاية البيان أيضا عن استدلالهم بقوله تعالى ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ [المائدة: ٣] بأنا لا نسلم أن المراد منه حرمة الانتفاع فلم لا يجوز أن يكون المراد منه حرمة الأكل بدليل ما رويناه في حديث مولاة ميمونة ولئن قال الشافعي في بعض هذه الأشياء رطوبة فنقول نحن نقول أيضا بنجاسته إذا بقيت الرطوبة وكلامنا فيما إذا لم تبق الرطوبة به في العظم والحافر والظلف ونحوه إذا غسل الشعر ونحوه وأزيل عنه الدم المتصل والرطوبة النجسة ولئن قال الشعر ينمو بنماء الأصل فنقول: نعم ينمو ولكن لا نسلم أن النماء يدل على الحياة الحقيقية كما في النبات والشجر وقوله بنماء الأصل غير مسلم أيضا؛ لأنه قد ينمو مع نقصان الأصل كما إذا هزل الحيوان بسبب مرض فطال شعره اهـ.

وقد وقع في الهداية تعريف الموت بزوال الحياة فقال في كشف الأسرار شرح أصول فخر الإسلام من باب الأهلية الموت عند أهل السنة أمر وجودي؛ لأنه ضد الحياة لقوله تعالى ﴿خلق الموت والحياة﴾ [الملك: ٢] وعند المعتزلة هو زوال الحياة، فهو أمر عدمي وتفسير صاحب الهداية بزوال الحياة تفسير بلازمه كذا نقل عن العلامة شمس الأئمة الكردي اهـ.

وهكذا أوله في الكافي وذكر في معراج الدراية أن الموت ضد الحياة والضدان صفتان وجوديتان يتعاقبان على موضوع واحد ويستحيل اجتماعهما، ويجوز ارتفاعهما وزوال الحياة ليس بضد الحياة كما أن زوال السكون ليس بضد السكون فكان هذا تعريفا بلازمه اهـ.

وتعقبه في غاية البيان بأنا لا نسلم أن زوال الحياة ليس بضد لها، وكيف يقال هذا وزوال الحياة مع الحياة **لا يجتمعان** وليس معنى التضاد إلا هذا ولا نسلم أن زوال الحياة ليس بوجودي فهل لزوال الحياة وجود أم لا، فإن قلت نعم فيكون زوال الحياة وجوديا، وإن قلت لا فيكون حينئذ زوال الحياة حياة، وهو محال؛ لأن عدم زوال الحياة عبارة عن الحياة اهـ.

ولا يخفى ضعفه؛ لأن الموت نفس زوال الحياة لا عدم زوالها ولا يلزم من كون نقيض الشيء عدميا أن يكون عدم عدمه حتى يكون نفي النفي، فيكون إثباتا، وأما جعله زوال الحياة ضدا لها فغير مسلم؛ لأن التضاد الحقيقي هو أن يكون بين الموجودين اللذين يمكن تعقل أحدهما مع الذهول عن الآخر تعاقب على الموضوع ويكون بينهما غاية الخلاف، وهي ما يكون مقتضى كل منهما مغاير المقتضى الآخر كالسواد والبياض، فإن مقتضى أحدهما قبض البصر ومقتضى الثاني تفريقه ولا شك أن زوال الحياة عدمي فلا يكون ضدا لها، وإنما يكون بينهما تقابل العدم والملكة

وقد ذكر بعض الأصوليين في شرح المغني أن هذا الفرق إنما هو على اصطلاح أهل المعقول أما على اصطلاح الأصوليين فالضد

ـــــــهـ (قوله: فإن قلت المفهوم من الآية) أي، فإن قلت في الجواب عن الآية جوابا رابعا (قوله: وإذا غسل الشعر) معطوف على قوله إذا لم تبق الرطوبة." [١]

"عام في كل عبادة أيضا

وأما العقل والبلوغ فليسا من شرائط الوجوب حتى يجب العشر في أرض الصبي والمجنون؛ لأن فيه معنى المؤنة؛ ولهذا جاز للإمام أن يأخذه جبرا، ويسقط عن صاحب الأرض إلا أنه لا ثواب له إلا إذا أدى اختيارا؛ ولذا لو مات من عليه العشر والطعام قائم يؤخذ منه بخلاف الزكاة وكذا ملك الأرض ليس بشرط للوجوب لوجوبه في الأرض الموقوفة ويجب في أرض المأذون والمكاتب ويجب على المؤجر عنده وعندهما على المستأجر كالمستعير ويسقط عن المؤجر بهلاكه قبل الحصاد لا بعده، وفي المزارعة على قولهما فالعشر عليهما بالحصة، وعلى قوله على رب الأرض لكن يجب في حصته في عينه، وفي حصة المزارع يكون دينا في ذمته، وفي الأرض المغصوبة على الغاصب إن لم تنقصها الزراعة، وإن نقصتها فعلى رب الأرض عنده، وعندهما في الخارج ولو كانت الأرض خراجية فخراجها على رب الأرض في الوجوه كلها بالإجماع إلا في الغصب إذا لم تنقصها الزراعة فخراجها على الغاصب وإن نقصتها فعلى رب الأرض كذا في البدائع وغيره، وفي الخلاصة والظهيرية أن الخراج إنما يكون على الغاصب إذا كان جاحدا ولا بينة للمالك وزرعها الغاصب أما إذا كان مقرا، أو للمالك بينة عادلة، ولم تنقصها الزراعة فالخراج على رب الأرض اهـ.

وأما شرائط المحلية فأن تكون عشرية فلا عشر في الخارج من أرض الخراج؛ لأنهما **لا يجتمعان** وسيأتي بيان العشرية ووجود الخارج، وأن يكون الخارج منها مما يقصد بزراعته نماء الأرض فلا عشر في الحطب ونحوه وسيأتي بيان قدره وأما وقته فوقت خروج الزرع وظهور الثمر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف وقت الإدراك وعند محمد عند التنقية والجذاذ وأما ركنه فالتمليك كالزكاة وشرائط الأداء ما قدمناه في الزكاة وأما ما يسقطه فهلاك الخارج من غير صنعه، وبهلاك البعض يسقط بقدره، وإن استهلكه غير المالك أخذ الضمان منه وأدى عشره، وإن استهلكه المالك ضمن عشره وصار دينا في ذمته، ومنها الردة، ومنها موت المالك من غير وصية إذا كان قد استهلكه كذا في البدائع مختصرا (قوله: يجب في عسل أرض العشر ومسقى سماء وسيح بلا شرط نصاب وبقاء إلا الحطب والقصب والحشيش) أي يجب العشر فيما ذكر أما في العسل فللحديث «في العسل العشر» ولأن النحل يتناول من الأنوار والثمار، وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود القز؛ لأنه يتناول الأوراق، ولا عشر فيها أطلقه فتناول القليل والكثير، وهو مذهب الإمام وقدر أبو يوسف نصابه بخمسة أوسق، وعن محمد بخمسة أفراق كل فرق ستة وثلاثون رطلا قيد بأرض العشر؛ لأن العسل إذا كان في أرض الخراج فلا شيء فيه لما ذكر أن وجوب العشر فيه لكونه بمنزلة الثمر، ولا شيء في ثمار أرض الخراج لامتناع وجوب العشر والخراج في أرض واحدة

وفي المعراج: وقول محمد لا شيء فيه أي في العسل ولكن الخراج يجب باعتبار التمكن من الاستنزال اهـ.

وفي المبسوط أن صاحب الأرض يملك العسل الذي في أرضه، وإن لم يتخذها لذلك حتى له أن يأخذه ممن أخذه من أرضه

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١/١١٥

بخلاف الطير إذا فرخ في أرض رجل فجاء رجل وأخذه فهو للآخذ لأن الطير لا يفرخ في موضع ليترك فيه بل ليطير فلم يصر صاحب الأرض محررا للفرخ بملكه اهـ.
ولو وجد العسل في المفازة أو الجبل ففيه اختلاف فعندهما يجب العشر، وقال أبو يوسف: لا شيء فيه؛ لأن الأرض ليست بمملوكة ولهما أن المقصود من ملكها النماء وقد حصل وعلى هذا كل ما يوجد في الجبال من الثمار والجوز وبهذا علم أن التقييد بأرض العشر
ـــــــــــــــــــــــــــــــ (قوله: على قولهما العشر عليهما بالحصة إلخ) كذا أطلقه في المعراج والسراج والمجتبى، وفي الفتح: لو زارع بالعشرية إن كان البذر من قبل العامل فعلى قياس قول أبي حنيفة العشر على صاحب الأرض كما في الإجارة، وعندهما يكون في الزرع كالإجارة، وإن كان البذر من رب الأرض فهو على رب الأرض في قولهم اهـ.
ومثله في النهر (قوله: والحشيش) أقول: فيه دليل على عدم وجوب العشر في القلي، وهو شيء يتخذ من حريق الحمص، وهو من الحشيش والظلمة يأخذونه والله – تعالى – أعلم رملي (قوله: أطلقه فتناول القليل والكثير) فيكون قوله بلا شرط نصاب تصريحا بما علم، وفائدته التنصيص على خلاف قول الصاحبين (قوله: لأن العسل إذا كان في أرض الخراج فلا شيء فيه) قال الرملي: أقول: يجب تقييده بخراج المقاطعة فلو وجد في أرض خراج المقاسمة ففيه مثل ما في الثمر الموجود فيها وقوله ولا شيء في ثمار أرض الخراج صريح فيما قلنا وأنت على علم أنه عند الإطلاق ينصرف إلى الموظف اهـ وقد يجاب بأن المراد من قوله فلا شيء فيه نفي وجوب العشر؛ لأن الكلام فيه فلا ينافي وجوب القسم إذا كانت أرضه خراجية خراجها مقاسمة تأمل (قوله: وبهذا علم أن التقييد إلخ) ظاهره أن الجبال والمفازة ليست بعشرية مع أن العشر واجب في الخارج منها، وقد قال." (١)

"والكسوة يجوز ولا يجوز التبرع بالإعتاق لما فيه من إلزام الولاء للميت بغير رضاه وأشار بالوصية إلى أنه معتبر من ثلث ماله صرح به قاضي خان في فتاويه وإلى أن الصلاة كالصوم بجامع أنهما من حقوقه تعالى بل أولى لكونها أهم ويؤدي عن كل وتر نصف صاع؛ لأنه فرض عند الإمام كذا في غاية البيان ويعتبر كل صلاة بصوم يوم على الصحيح وإلى أن سائر حقوقه تعالى كذلك ماليا كان أو بدنيا عبادة محضة أو فيه معنى المؤنة كصدقة الفطر أو عكسه كالعشر أو مؤنة محضة كالنفقات أو فيه معنى العقوبة كالكفارات وإلى أن الولي لا يصوم عنه ولا يصلي لحديث النسائي «لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد» وقيدنا بكونهما أدركا عدة من أيام أخر إذ لو ماتا قبله لا يجب عليهما الإيصاء لما قدمناه لكن لو أوصيا به صحت وصيتهما؛ لأن صحتها لا تتوقف على الوجوب كذا في البدائع وأشار أيضا إلى أنه لو أوجب على نفسه الاعتكاف ثم مات أطعم عنه لكل يوم نصف صاع من حنطة؛ لأنه وقع اليأس عن أدائه فوقع القضاء بالإطعام كالصوم في الصلاة كذا ذكره الولوالجي في فتاويه
فالحاصل أن ما كان عبادة بدنية فإن أوصى يطعم عنه بعد موته عن كل واجب كصدقة الفطر وما كان عبادة مالية كالزكاة فإنه يخرج عنه القدر الواجب عليه وما كان مركبا منهما كالحج فإنه يحج عنه رجلا من مال الميت (قوله: وقضيا ما قدرا بلا

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢/٢٥٥

شرط ولاء) أي لا يشترط التتابع في القضاء لإطلاق قوله تعالى ﴿فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة: ١٨٤] والذي في قراءة أبي فعدة من أيام أخر متتابعة غير مشهور لا يزاد بمثله بخلاف قراءة ابن مسعود في كفارة اليمين فإنها مشهورة فيزاد كذا في النهاية والكافي لكن المستحب التتابع وأشار بإطلاقه إلى أن القضاء على التراخي؛ لأن الأمر فيه مطلق وهو على التراخي كما عرف في الأصول ومعنى التراخي عدم تعين الزمن الأول للفعل ففي أي وقت شرع فيه كان ممتثلا ولا إثم عليه بالتأخير ويتضيق عليه الوجوب في آخر عمره في زمان يتمكن فيه من الأداء قبل موته ولهذا له التطوع قبل القضاء؛ لأنه يكره له تأخير الواجب عن وقته المضيق ولهذا إذا أخر قضاء رمضان حتى دخل آخر فلا فدية عليه لكونها تجب خلفا عن الصوم عند العجز ولم يوجد لقدرته على القضاء ولهذا قال (فإذا جاء رمضان آخر قدم الأداء على القضاء) ؛ لأنه في وقته وهو لا يقبل غيره ويصوم القضاء بعده وهذا بخلاف قضاء الصلوات فإنها على الفور ولا يباح التأخير إلا بعذر ذكره الولوالجي.

(قوله: وللحامل والمرضع إذا خافتا على الولد أو النفس) أي لهما الفطر دفعا للحرج ولقوله – صلى الله عليه وسلم – «إن الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وعن الحامل والمرضع الصوم» قيد بالخوف بمعنى غلبة الظن بتجربة أو إخبار طبيب حاذق مسلم كما في الفتاوى الظهيرية على ما قدمناه؛ لأنها لو لم تخف لا يرخص لها الفطر وإنما لا يجوز إفطاره بسبب خوف هلاك ابنه في الإكراه؛ لأن العذر في الإكراه جاء من قبل من ليس له الحق فلا يعذر لصيانة نفس غيره بخلاف الحامل والمرضع وهناك فرق آخر مذكور في النهاية وأطلق المرضع ولم يقيدها ليفيد أنه لا فرق بين الأم والظئر وأما الظئر فلأن الإرضاع واجب عليها بالعقد وأما الأم فلوجوبه ديانة مطلقا وقضاء إذا كان الأب معسرا أو كان الولد لا يرضع من غيرها وبهذا اندفع ما في الذخيرة من أن المراد بالمرضع الظئر لا الأم فإن الأب يستأجر غيرها وإنما قال إذا خافتا على الولد ولم يقل كالقدوري إذا خافتا على أنفسهما أو ولدهما؛ لأنه لا يشمل المستأجر إذ لا ولد لها كذا قيل، وقد قيل: إنه ولدها من الرضاع؛ لأن المفرد المضاف يعم سواء كان مضافا لمفرد أو غيره كما صرحوا به فيشمل الولد الذي ولدته والذي أرضعته؛ لأنه ولدها شرعا وإن كان ولدها مجازا
ـــــــQبما مر والله تعالى أعلم وبه يندفع ما في حاشية مسكين عن الأقصر أي من أن مرادهم بالقتل قتل الصيد لا قتل النفس؛ لأنه ليس فيه إطعام اهـ.
فليتأمل وليراجع كي يظهر الحق.

(قوله: وهناك فرق آخر مذكور في النهاية) وهو أن الحامل والمرضع مأمورة بصيانة الولد مقصودا ولا يتأتى بدون الإفطار عند الخوف فكانت مأمورة أيضا بالإفطار والأمر به مع الكفارة التي بناؤها على الزجر عنه **لا يجتمعان** بخلاف الإكراه فإن كل واحد غير مأمور قصدا بصيانة غيره بل نشأ الأمر هناك من ضرورة حرمة القتل والحكم يتفاوت بتفاوت الأمر القصدي

والضمني (قوله: وقد قيل إنه ولدها من الرضاع إلخ) قال في النهر لا يخفى أن هذا إنما يتم أن لو أرضعته والحكم أعم من ذلك فإنها بمجرد العقد لو خافت على الولد جاز لها الفطر." (١)

"وأن الأصل في النسبة إلى اليمن والشام يمني وشامي ثم حذفوا إحدى يائي النسبة، وعوضوا منها ألفا فقالوا اليماني والشامي بالتخفيف، وبعضهم يشدده كما في الصحاح.

(قوله واختم الطواف به وبركعتين في المقام أو حيث تيسر من المسجد) ، أما ختم الطواف بالاستلام فهو سنة لفعله – عليه السلام – كذلك في حجة الوداع، وأما صلاة ركعتي الطواف بعد كل أسبوع فواجبة على الصحيح لما ثبت في حديث جابر الطويل أنه – عليه السلام – «لما انتهى إلى مقام إبراهيم – عليه السلام – قرأ ﴿واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى﴾ [البقرة: ١٢٥] » فنبه بالتلاوة قبل الصلاة على أن صلاته هذه امتثالا لهذا الأمر، والأمر للوجوب إلا أن استفادة ذلك من التنبيه، وهو ظني فكان الثابت الوجوب، ويلزمه حكمنا بمواظبته – عليه السلام – من غير ترك إذ لا يجوز عليه ترك الواجب، ويكره وصل الأسابيع عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف وهي كراهة تحريم لاستلزامها ترك الواجب، ويتفرع على الكراهة أنه لو نسيهما لم يتذكر إلا بعد أن شرع في طواف آخر إن كان قبل إتمام شوط رفضه وبعد إتمامه لا، ولو طاف بصبي لا يصلي ركعتي الطواف عنه كذا في فتح القدير، وقيد بعضهم قول أبي يوسف بأن ينصرف عن وتر، والمراد بالمقام مقام إبراهيم وهي حجارة يقوم عليها عند نزوله وركوبه من الإبل حين يأتي إلى زيارة هاجر وولدها إسماعيل كذا ذكر المصنف في المستصفى، وذكر القاضي في تفسيره أنه الحجر الذي فيه أثر قدميه، والموضع الذي كان فيه حين قام عليه ودعا الناس إلى الحج، وقيل مقام إبراهيم الحرم كله، وقول المصنف من المسجد بيان للفضيلة وإلا فحيث أراد ولو بعد الرجوع إلى أهله؛ لأنها على التراخي ما لم يرد أن يطوف

ـــــــه (قوله وأن الأصل في النسبة إلى اليمن والشام إلخ) الأصوب الاقتصار على اليمن لإيهامه أن في الشامي نسبة إلى الشام تغييرا وليس كذلك بل التغيير بالحذف والتعويض في النسبة إلى اليمن فقط ولذا اقتصر عليه في العناية وغيرها. قال في الصحاح الشأم بلاد تذكر وتؤنث ورجل شأمي وشآمي على فعال وشأمي أيضا حكاه سيبويه ولا تقل شأم وقال أيضا اليمن بلاد للعرب والنسبة إليهم يمني ويمان مخففة والألف عوض من ياء النسب **فلا يجتمعان** قال سيبويه وبعضهم يقول يماني بالتشديد اهـ.

فقول المؤلف ثم حذفوا إحدى يائي النسبة يعني من يمني فقط، وكذا قوله بالتخفيف راجع إلى اليماني.

(قوله فواجبة على الصحيح) أي بعد كل طواف فرضا كان أو واجبا أو سنة أو نفلا ولا يختص جوازها بزمان ولا بمكان ولا تفوت ولو تركها لم تجبر بدم ولو صلاها خارج الحرم ولو بعد الرجوع إلى وطنه جاز، ويكره والسنة الموالاة بينها وبين الطواف، ويستحب مؤكدا أداؤها خلف المقام ثم في الكعبة ثم في الحجر تحت الميزاب، ثم كل ما قرب من الحجر إلى البيت

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢/٣٠٧

ثم باقي الحجر ثم ما قرب إلى البيت ثم المسجد ثم الحرم ثم لا أفضلية بعد الحرم بل الإساءة والمراد بما خلف المقام قيل ما يصدق عليه ذلك عادة وعرفا مع القرب وعن ابن عمر – رضي الله عنهما – أنه إذا أراد أن يركع خلف المقام جعل بينه وبين المقام صفا أو صفين أو رجلا أو رجلين رواه عبد الرزاق

ولو صلى أكثر من ركعتين جاز ولا تجزئ المنذورة والمكتوبة عنها ولا يجوز اقتداء مصلي ركعتي الطواف بمثله؛ لأن طواف هذا غير طواف الآخر، ويكره تأخيرها عن الطواف إلا في وقت مكروه أي؛ لأن الموالاة سنة، ولو طاف بعد العصر يصلي المغرب ثم ركعتي الطواف ثم سنة المغرب ولا تصلى إلا في وقت مباح فإن صلاها في وقت مكروه قيل صحت مع الكراهة (فروع) طاف ونسي ركعتي الطواف فلم يتذكر إلا بعد شروعه في طواف آخر فإن كان قبل تمام شوط رفضه وبعد إتمامه لا بل يتم طوافه الذي شرع فيه وعليه لكل أسبوع ركعتان، ولو طاف فرضا أو غيره ثمانية أشواط إن كان على ظن أن الثامن سابع فلا شيء عليه كالمظنون ابتداء، وإن علم أنه الثامن اختلف فيه، والصحيح أنه يلزمه سبعة أشواط للشروع ولو طاف أسابيع فعليه لكل أسبوع ركعتان على حدة ولو شك في عدد الأشواط في طواف الركن أو العمرة أعاده ولا يبني على غالب ظنه بخلاف الصلاة، وقيل إذا كان يكثر ذلك يتحرى، ولو أخبره عدل بعدد يستحب أن يأخذ بقوله ولو أخبره عدلان وجب الأخذ بقولهما، وصاحب العذر الدائم إذا طاف أربعة أشواط ثم خرج الوقت توضأ وبنى ولا شيء عليه ولو حاذته امرأة في الطواف لا يفسد وتمامه في اللباب (قوله ويلزمه) أي يلزم من كون الثابت الوجوب أن نحكم بمواظبته – عليه الصلاة والسلام – من غير ترك وكان الأولى بالمؤلف عدم ذكره ذلك كما فعل أخوه لإيهامه توقف إثبات الوجوب على هذا اللزوم، نعم ذكره في الفتح لكن غرضه منه إفادة أن ما ورد في كتب الحديث من ثبوت فعله – عليه الصلاة والسلام – لهما محمول على عدم الترك مرة ليكون دليلا آخر على الوجوب إذ مطلق الفعل لا يدل عليه.

(قوله وقيد بعضهم إلخ) قال في السراج ويكره الجمع بين أسبوعين أو أكثر من غير صلاة بينهما عند أبي حنيفة ومحمد – رحمه الله – سواء انصرف عن وتر أو شفع، وقال أبو يوسف لا يكره إذا انصرف عن وتر نحو أن ينصرف عن ثلاثة أسابيع أو خمسة أو سبعة." (١)

"مستقر وأطلقه فشمل الملك بأي سبب كان بشراء أو هبة أو إرث من الجانبين وأراد من الملك حقيقته فخرج حق الملك لأن المكاتب لو اشترى زوجته لا ينفسخ لعدم حقيقة الملك له لقيام الرق وإنما الثابت له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح، وإن منع ابتداءه فإن المولى لو تزوج جارية مكاتبه لم يصح، وإن لم يكن له فيها حقيقة ملك لوجود حق الملك بخلاف جارية الابن فإن للأب نكاحها لأنه ليس له حقيقة ملك ولا حق له فيها وإنما له أن يتملكها عند الحاجة فالثابت له حق أن يتملك وهو ليس بمانع، وفي تلخيص الجامع من باب الأمر بالنكاح.

ولو قال لعبده تزوج على رقبتك جاز إلا في الحرة لقران المنافي، والمكاتبة لأن حق الملك يمنع إن لم يرفع كالعدة فإن دخل بها يباع في الأقل من قيمته ومهر المثل ولو كان الزوج مدبرا صح بقيمته في رقبته لأنه لا يملك وكذا المكاتب ولا يتضمن الفسخ لأنه إبطال، وإن لم يقل على رقبتك صح في الجميع وتسمية الرقبة للتقدير كما في عبد الغير وعندهما إذا كان فيه

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢/٣٥٦

غبن فاحش لا يصح النكاح وهي فريعة التوكيل بالتزويج ولو خالع على رقبتها

ـــــــــوفلان، والنصف الباقي بين الأولين إذا اصطلحا أما في مسألة الكلام فالخبر ليس بمعاد لعدم الحاجة فارسي ملخصا.

(قوله: ولو قال لعبده. . . إلخ) أي لو قال لعبده القن ذلك فتزوج على رقبته أمة أو مدبرة أو أم ولد جاز لوجود الركن بالإذن وفقد المانع وهو ملك الزوجة رقبته إذ هو لمولاها وهو وإن كان يثبت للأمة أولا بدليل قضاء ديونها منه إلا أنه غير متقرر كالوكيل بشراء زوجته أو قريبة بخلاف ما إذا تزوج حرة لقران المنافي وهو ملكها له للعقد، والمنافي إذا طرأ على ملك النكاح أبطله فإذا قارنه أولى أن يمنع وجوده وبخلاف ما لو تزوج مكاتبة إذ لو جاز لثبت لها حق الملك في رقبته وأنه يمنع جواز النكاح ابتداء، وإن كان لا يرفعه إذا طرأ كالعدة لا ترفع النكاح كما لو وطئت المنكوحة بشبهة وتمنع انعقاده ابتداء (قوله: فإن دخل بها) أي العبد بالحرة أو بالمكاتبة وجب الأقل من قيمته ومن مهر مثلها لأنه دخول في نكاح فاسد فيباع عنده وقالا يتبع بعد عتقه لعدم تناول الإذن الفاسد عندهما (قوله: ولو كان الزوج) أي ولو كان المأذون بالنكاح على رقبته مدبرا صح النكاح بقيمته، والمسمى في رقبته يسعى فيه كالمدبر المأذون أما صحة النكاح فلوجود الإذن وعدم المانع لأن المدبر لا يملك وأما وجوب القيمة فلأن المسمى وهو رقبته مال متقوم وقد تعذر تسليمه لحق مستحق لا لفساد العقد فكان كالتزوج على عبد الغير إذا لم يجز وكذا المكاتب في الفصول كلها وقوله: ولا يتضمن الفسخ جواب عما يقال المكاتب يقبل النقل من ملك المولى برضاه ولذا لو باعه برضاه جاز ويتضمن فسخ الكتابة فكذا إقدامه على أمهار رقبته إذ لا تصير مهرا إلا بعد فسخها فيصير محلا للملك فيوجد المانع.

والجواب أنا لو قلنا بتضمن إقدامه فسخها كما في البيع لزم إبطال المتضمن له وهو النكاح ولا يجوز إثبات المقتضى على وجه يبطل المقتضى بخلاف البيع إذ تضمنه فسخها لا يبطله على أن الأصح أن بيعه برضاه لا يجوز إلا إذا فسخاها.

(قوله: صح في الجميع) أي جميع الصور لوجود الإذن وعدم المانع لأنه أمره بالنكاح لا بإمهار رقبته فكان فضوليا فلم تصر ملكا للحرة ولا لمولى الأمة وتسمية الرقبة مهرا من العبد لتقدير المهر بها كما لو تزوج امرأة على عبد الغير وهذا لأن أمر المولى له بالنكاح أمر بالإمهار فينعقد على قيمته، وإن كانت أكثر من مهر المثل عنده لأنها أقل جهالة وقالا إذا كانت أكثر منه بغبن فاحش لا يصح وهذه المسألة فريعة التوكيل بالتزويج فإنه لو وكل رجلا أن يزوجه امرأة بعينها فزوجه إياها بأكثر من مهر المثل جاز ولزمه عنده لأن المطلق يجري على إطلاقه إلا لدليل التقييد وعندهما لا يلزمه بدلالة العرف (قوله: ولو خالع. . . إلخ) رجل زوج أمته من رجل ودخل بها الزوج فخالع السيد الأمة من زوجها على رقبتها فإن كان الزوج حرا لا يصح الخلع في حق البدل وإلا لملك الزوج رقبتها مقارنا لوقوع الطلاق وذلك مناف له لأنه متى صح الخلع ملك الزوج رقبتها فيبطل النكاح فيبطل الخلع لكنها تبين بطلقة لأنه لم يمكن تصحيحه خلعا بقي لفظ الخلع وهو من الكنايات ولا يحتاج إلى نية لدلالة البدل على الطلاق وعن أبي يوسف: لا يصح الطلاق أيضا اعتبارا بما لو تزوج على رقبته بإذن المولى حرة حيث بطل النكاح أصلا لبطلان التسمية.

لأن الشرط المنافي للنكاح مناف للطلاق ضرورة إذ لا يتصور رفع النكاح حال عدمه، ووجه الظاهر أن إسقاط المنافاة واجب وذلك بإسقاط أدنى المتنافيين وهو هنا المسمى لأن المال زائد في الطلاق لصحته بدونه فكان أولى بالرد من الطلاق

كما لو خلع مبانته على ألف يقع الطلاق ولا يجب المال بخلاف النكاح لأنه لم يشرع بغير مال، وقد تعذر إيجاب المال أصلا لأن تسمية السيد رقبة الأمة بدلا في الخلع صحيحة لكون الرقبة مالا متقوما وصحة التسمية تنفي وجوب مهر المثل، والمنافاة تنفي وجوب قيمة المسمى لأن المصير إليها من قضايا فساد تسمية لا تقتضي بطلان النكاح لو تحققت كما في مهر المثل أما فساد تسمية يكون مقتضاها بطلان النكاح لو تحققت فلا لأن المتنافيين **لا يجتمعان**." (١)

"مؤبدة كما سيأتي، وفي شرح النقاية، وأما قول البيهقي في المعرفة أن عويمرا حين طلقها ثلاثا كان جاهلا بأن اللعان فرقة فصار كمن شرط الضمان في السلف وهو يلزمه شرط أو لم يشرط بخلاف المظاهر اهـ.

والجواب: أن الاستدلال إنما هو بعدم إنكاره – عليه السلام – عليه لا بمجرد فعله كما لا يخفى ويقع في بعض الشروح زيادة الفاء في قوله هي طالق ثلاثا وهي من النساخ؛ لأن الواقع أن عويمرا نجز طلاقها لا أنه علقه بالإمساك، وفي التتارخانية

وإن أخطأ القاضي ففرق بينهما بعد وجود أكثر اللعان من كل واحد منهما وقعت الفرقة، ولو التعن كل واحد مرتين ففرق القاضي بينهما لم تقع الفرقة، ولو فرق بينهما بعد لعان الزوج قبل لعان المرأة نفذ حكمه لكونه مجتهدا فيه اهـ.

وينبغي أن يقيد بغير القاضي الحنفي أما هو فلا ينفذ، وفي فتح القدير وطؤها حرام بعده قبل التفريق وإن كان النكاح قائما لقوله – عليه السلام – «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» ، وفي التتارخانية ولها النفقة والسكنى ما دامت في العدة.

(قوله وإن قذف بولد نفى نسبه وألحقه بأمه) ؛ لأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمنه القضاء بالتفريق، وفي البدائع، ولوجوب قطع النسب شرائط: الأول: التفريق، الثاني: أن يكون بحضرة الولادة أو بعدها بيوم أو يومين، الثالث: أن لا يتقدم منه إقرار به صريحا أو دلالة كسكوته عند التهنئة مع عدم رده، الرابع: أن يكون الولد حيا وقت قطع النسب وهو وقت التفريق فلو نفاه بعد موته لاعن ولم ينقطع نسبه، وكذا لو جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما يلاعن ولزماه، وكذا لو نفاهما ثم مات أحدهما أو قتل قبل اللعان لزماه.

وأما اللعان فذكر الكرخي أنه يلاعن ولم يذكر الخلاف وذكر ابن سماعة الخلاف فقال عند أبي يوسف يبطل وعند محمد لا يبطل، الخامس: أن لا تلد بعد التفريق ولدا آخر من بطن واحد فلو ولدت فنفاه ولاعن الحاكم بينهما وفرق بينهما وألزم الولد أمه ثم ولدت آخر من الغد لزماه وبطل قطع نسب الأول ولا يصح نفيه الآن؛ لأنها أجنبية واللعان ماض؛ لأنه لما ثبت الثاني ثبت الأول ضرورة وإن قال الزوج هما ابناي لا حد عليه ولا يكون مكذبا نفسه لاحتمال الإخبار بما لزمه شرعا. السادس: أن لا يكون محكوما بثبوته شرعا فإن كان لا يقطع نسبه وقد ذكر الإمام محمد في الجامع الكبير خمس مسائل مسألتان في كتاب الشهادات من التلخيص إحداهما في كتاب المعاقل امرأة ولدت ولدا فانقلب هذا الولد على رضيع فمات الرضيع وقضي بديته على عاقلة الأب ثم نفى الأب نسبه يلاعن القاضي بينهما ولا يقطع نسب الولد منه؛ لأن القضاء بالدية على عاقلة الأب قضاء بكون الولد منه فلا ينقطع النسب بعده الثانية في الزيادات إذا قال لامرأتيه وقد دخل بهما إحداكما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت إحداهما لأكثر من سنتين من وقت الطلاق كانت الولادة بيانا لوقوعه على

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣/٣٠٥

الأخرى؛ لأن الولد حصل من علوق حادث بعد الطلاق وتعينت التي ولدت للنكاح فإن نفى الولد لاعن القاضي بينهما ولا يقطع النسب؛ لأن حكم الشرع بكون الولد بيانا حكم بكونه منه وبعد الحكم به لا ينقطع باللعان وثلاث مسائل في كتاب الدعوى الأولى امرأة ولدت وزوجها غائب ففطمت ولدها وطلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة وللولد وبرهنت ثم حضر

ـــــــQأو لم يحد صار خاطبا من الخطاب يحل له تزوجها خلافا لأبي يوسف، ولو أكذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا في الغاية.

(قوله: ولو فرق بينهما) بعد لعان الزوج إلخ استشكله في النهر ثم أجاب بأنه يمكن أن يقال أنه قضى في الثاني في فصل مجتهد فيه فينفذ؛ لأن الشافعي – رضي الله تعالى عنه – قائل بوقوع الفرقة بلعان الزوج فقط بخلافه في الأول وعلى هذا فيجب أن يقيد القاضي بالمجتهد اه.

والمجتهد غير قيد؛ لأن مقلد الشافعي مثله كما لا يخفى (قوله أو بعدها بيوم أو يومين) قال في البدائع أو نحو ذلك من مدة يأخذ فيها التهنئة وابتياع آلات الولادة عادة فإن نفاه بعد ذلك لا ينتفي اه.

وسيذكر المؤلف عن الكافي تقدير مدة التهنئة بثلاثة أيام في رواية وبسبعة في أخرى وسنذكره عن الفتح أن ظاهر الرواية عدم التقدير بمدة فلذا قال هنا أو نحو ذلك وأحاله إلى العادة فكان على المؤلف عدم الاقتصار على ما نقله (قوله وقد ذكر الإمام محمد في الجامع إلخ) ظاهره أن هذا من كلام البدائع ولم أجده فيها والذي رأيته بعد ذكره هذا الشرط السادس ما نصه وصورته ما روي عن أبي يوسف أنه قال في رجل جاءت امرأته بولد فنفاه ولم يلاعن حتى قذفها أجنبي بالولد الذي جاءت به فضرب القاضي الأجنبي الحد فإن نسب الولد يثبت من الزوج فيسقط اللعان؛ لأن القاضي لما حد قاذفها بالولد فقد حكم بكذبه والحكم بكذبه حكم بثبوت نسب الولد والنسب المحكوم بثبوته لا يحتمل النفي باللعان كالنسب المقر به وإنما سقط اللعان؛ لأن الحاكم لما حد قاذفها فقد حكم بإحصانها في عين ما قذفت به." (١)

"يزول بها ملك النكاح وتوجب حرمة الاجتماع والتزوج ما داما على حال اللعان فإن أكذب أحدهما نفسه جاز التناكح والاجتماع عند الإمام والثالث وقال الثاني إنها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة لقوله – عليه السلام – «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» ويقتضي قوله أن الفرقة لا تتوقف على القضاء كما أشار إليه في فتح القدير ولهما أن عويمرا طلق الملاعنة ثلاثا فصار سنة المتلاعنين؛ لأنه يجب عليه أن يطلقها فإن لم يفعل ناب القاضي منابه كما في العنين فكانت الفرقة طلاقا، وأما الحديث فلا يمكن العمل بحقيقته؛ لأن حقيقة المتفاعل المتشاغل بالفعل ولما فرغا منه زالت الحقيقة فانصرف المراد إلى الحكم وهو أن يكون حكمه باقيا وبعد الإكذاب لم يبق حكمه لبطلانه فلم يبق حقيقة ولا حكما فجاز اجتماعهما.

ونظيره قوله تعالى في قصة أصحاب الكهف ﴿إنهم إن يظهروا عليكم يرجموكم أو يعيدوكم في ملتهم ولن تفلحوا إذا أبدا﴾

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٢٨/٤

[الكهف: ٢٠] أي: ما داموا في ملتهم ألا ترى إذا لم يفعلوا أفلحوا كذا هذا في البدائع وقد بحث المحقق ابن الهمام في فتح القدير بأنه لما لم تمكن الحقيقة وصير إلى المجاز كان له مجازان: أحدهما: ما ذكرتم من إرادة من بينهما تلاعن قائم حكما، والثاني: من وجد بينهما تلاعن في الخارج وعلى هذا التقدير **لا يجتمعان** بعد الإكذاب بينهما؛ إذ ارتفاع حكمه لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج ولكن بقي النظر في أي الاحتمالين أرجح وأظن أن الثاني أسرع إلى الفهم اهـ .

(قوله: وكذا إذا قذف غيرها فحد أو زنت فحدت) يعني له أن ينكحها أيضا إذا خرجا أو أحدهما عن أهلية اللعان أطلقه فشمل ما إذا خرسا أو أحدهما وأراد بالزنا الوطء الحرام وإن لم يكن زنا شرعيا كما ذكره الإسبيجابي لزوال عفتها، ولو قال: وكذا إن قذف أحدهما فحد لكان أولى لشموله المتلاعنين، ولو أسقط فحد لكان أولى؛ لأن بمجرد زناها حلت له سواء حدت بأن وقع اللعان قبل الدخول ثم زنت فجلدت أو لم تحد لزوال العفة وإنما قيدنا بهذه الصورة؛ لأنه لو كان بعد الدخول كان حدها الرجم وهو إهلاك فلا يتصور القول بحلها بعده واستغنى بها عن تغيير الرواية بأنها زنت بالتشديد أي: نسبت غيرها للزنا لمخالفته للرواية؛ لأنها بتخفيف النون، وفي فتح القدير واستشكل بأن زوال أهلية الشهادة بطرو الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضي عنها في حال قيام العدالة فلا يوجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الأهلية ليبطل أثره من الحرمة اهـ.

(قوله ولا لعان بقذف الأخرس) لفقد الركن منه وهو التلفظ بالشهادات ولهذا لو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز، ولو قال ولا لعان إذا كانا أخرسين أو أحدهما لكان أولى للعلة المذكورة إذا كانت خرساء ولاحتمال تصديقها لو كانت ناطقة وأشار إلى أنه لا يثبت بالكتابة كما لا يثبت بإشارة الأخرس للشبهة وإلى أنه لو خرس أحدهما بعد اللعان وقبل التفريق فلا تفريق ولا حد كما لو ارتد أو أكذب نفسه.

(قوله ولا ينفي الحمل) ؛ لأنه لا يتيقن بقيامه عند القذف لاحتمال أنه انتفاخ، ولو تيقنا بقيامه وقته بأن ولدت لأقل من ستة أشهر صار كأنه قال إن كنت حاملا فحملك ليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط، وهذا قول الإمام وعندهما يجري اللعان إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر للتيقن بقيامه وجوابه ما مر وأما الإرث والوصية فيتوقفان على الولادة فيثبتان للولد لا للحمل، وأما عتقه فكذلك لقبوله التعليق بالشرط، وأما رد المبيعة بعيب الحمل فلأن الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة، وكذا النسب يثبت مع الشبهة، وأما وجوب النفقة للمطلقة إذا ادعت حملا فلقبول قولها في أمر عدتها والحق أن قول صاحب الهداية أن الأحكام لا تترتب عليه قبلها لا يراد به كل الأحكام وإنما يراد به بعضها كما في العناية

ـــــــQ (قوله فلا يتصور القول بحلها بعده) قال العلامة الغنيمي ظاهره أن من وجب رجمها لا يصح نكاحها لعدم تصوره مع أنه متصور بأن يعقد عليها قبل الموت بالرجم ويترتب عليه الإرث ونحوه فليحرر بالنقل اهـ.

ـ ١

كذا في حواشي مسكين لأبي السعود وفيه نظر فإن قول المصنف أو زنت فحدت معناه له أن يتزوجها إذا زنت فحدت أي: بعد الحد ولا يخفى أن الحد لو كان الرجم لا يتم إلا بموتها كما أفاده المؤلف بقوله وهو إهلاك فلا يتصور القول بحلها بعده.." (١)

"مدخل الذكر كالغدة الغليظة وقد يكون عظما ويحكى أنه اختصم إلى القاضي شريح في جارية بها قرن فقال أقعدوها فإن أصاب الأرض فهو عيب وإلا فلا وقال القلعي القرن بفتح الراء بمنزلة العفلة فأوقع المصدر موقع الاسم وهو سائغ كذا في المصباح والرتق بفتح التاء كما في العناية وقد كتبنا في القواعد الفقهية في مذهب الحنفية أن القاضي لو قضى برد أحد الزوجين بعيب نفذ قضاؤه، وفي القنية من الكراهية جراح اشترى جارية رتقاء فله شق الرتق وإن تألمت اهـ.

ولم أر حكم شق الرتقاء المنكوحة وقالوا في تعليل عدم ردها لإمكان شقه ولكن ما رأيت هل يشق جبرا أم لا، وفي المعراج لو تراضى العنين وزوجته على النكاح بعد التفريق فله أن يتزوجها إلا رواية عن أحمد حيث قال **لا يجتمعان** أبدا كفرقة اللعان، وهذا باطل لا أصل له والله أعلم بالصواب.

(باب العدة) .

لما ترتبت في الوجود على الفرقة بجميع أنواعها أوردها عقيب الكل وهي لغة الإحصاء عددت الشيء أحصيته إحصاء، وفي شرح المجمع للمصنف العدة مصدر عد الشيء يعده «وسئل - عليه السلام - متى تكون القيامة قال إذا تكاملت العدتان» أي: عدة أهل الجنة وعدة أهل النار أي: عددهم وسمي زمان التربص عدة؛ لأنها تعده ويقال على المعدود، وفي الدر النثير أي: إذا تكاملت عند الله برجوعهم إليه، وفي المصباح وعدة المرأة قيل أيام أقرائها مأخوذ من العد والحساب وقيل تربصها المدة الواجبة عليها والجمع عدد مثل سدرة وسدر وقوله تعالى ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١] قال النحاة اللام بمعنى في أي: في عدتهن اهـ.

وفي الشريعة ما ذكره بقوله (هي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته) أي: لزوم انتظار انقضاء مدة والتربص التثبت والانتظار قال الله تعالى ﴿فتربصوا به حتى حين﴾ [المؤمنون: ٢٥] وقال تعالى ﴿ويتربص بكم الدوائر﴾ [التوبة: ٩٨] وقال تعالى ﴿فتربصوا إنا معكم متربصون﴾ [التوبة: ٥٢] كذا في البدائع وإنما قدرنا اللزوم؛ لأن التربص فعلها وقد قالوا إن ركنها حرمات أي: لزومات كحرمة تزوجها على الغير ونقلوا عن الشافعي أن ركنها التربص عنده وفرعوا على الاختلاف تداخل العدتين فعندنا يتداخلان خلافا له وانقضاؤه بدون علمها عندنا خلافا له، وهذا أولى مما في البدائع من جعلها في الشرع عندنا اسما لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح وعند الشافعي اسما لفعل التربص؛ لأنه على هذا التقدير يكون ركنها نفس الأجل وقد صرحوا بخلافه إلا أنه لو صح اندفع الإشكال الوارد على عدة الصغيرة؛ إذ ليس في العدة وجوب شيء بل هي مجرد انقضاء الأجل.

والثابت في هذه المدة عدم صحة التزوج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم الصحة لو فعل ويرد على ما في الكتاب

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٤/١٣١

عدة الصغيرة؛ إذ لا لزوم في حقها ولا تربص واجب وأجيب بأنها ليست هي المخاطبة بل الولي هو المخاطب بأن لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة ولهذا لم يطلق أكثر المشايخ لفظ الوجوب على عدة الصغيرة لعدم خطابها وإنما يقولون تعتد وقيد بقوله يلزم المرأة؛ لأن ما يلزم الرجل من التربص عن التزوج إلى مضي عدة امرأته في نكاح أختها ونحوه لا يسمى عدة اصطلاحا لاختصاصه بتربصها وإن وجد معنى العدة فيه ويجوز إطلاق العدة عليه شرعا كما أفهمه ما في فتح القدير فعلى هذا ما في الكتاب معناها الاصطلاحي، وأما في الشريعة فهي تربص يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه وقد ضبط الفقيه أبو الليث – رحمه الله – في خزانة الفقه المواضع التي يمتنع الإنسان من الوطء فيها حتى تمضي مدة في عشرين موضعا نكاح أخت امرأته وعمتها وخالتها وبنت أختها وبنت أخيها

ـــــــــوأما إنكار بعضهم على الفقهاء فتحه وتلحينه إياهم فليس كما ذكر اهـ. ملخصا

(قوله إن القاضي لو قضى برد إلخ) أي: القاضي المجتهد أو المقلد لمن يقول بذلك كما لا يخفى قاله بعض الفضلاء (قوله ولكن ما رأيت هل يشق جبرا أم لا) قال في النهر ينبغي أن تجبر عليه؛ لأن التسليم الواجب عليها لا يمكن بدونه.

[باب العدة]

(قوله وإنما قدرنا اللزوم إلخ) هذا التقدير غير محتاج إليه في كلام المصنف مع قوله يلزم المرأة نعم قال في الحواشي السعدية إذا كان ركنها الحرمات أي: حرمة التزوج والخروج فيكون التعريف بالتربص على هذا تعريفا باللازم (قوله ويرد على ما في الكتاب إلخ) تكرار مع قوله إلا أنه لو صح اندفع الإشكال إلخ." (١)

"وفي الولوالجية من الطلاق نية تخصيص العام لا تصح، وعند الخصاف تصح حتى إن من حلف، وقال كل امرأة أتزوجها فهي طالق ثم قال نويت به من بلدة كذا لا تصح نيته في ظاهر المذهب، وقال الخصاف تصح، وكذا من غصب دراهم إنسان ووقت ما حلفه الخصم عاما نوى خاصا لا تصح نيته في ظاهر المذهب، وقال الخصاف تصح لكن هذا في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى نية تخصيص العام صحيحة بالإجماع مذكور في الكتب من مواضع منها الباب الخامس من أيمان الجامع الكبير، وما قاله الخصاف مخلص لمن حلفه ظالم والفتوى على ظاهر المذهب فمتى وقع في يد الظلمة، وأخذ بقول الخصاف لا بأس به. اهـ.

(قوله: لا يشرب من دجلة على الكرع بخلاف ماء دجلة) يعني لو حلف لا يشرب من دجلة فيمينه على الكرع، وهو تناول الماء بالفم من موضعه نهرا أو إناء كما في المغرب فلا يحنث لو شرب بإناء أو بيده بخلاف ما لو حلف لا يشرب من ماء دجلة فإنه يحنث بالشرب من إناء أو غيره؛ لأنه بعد الاغتراف بقي منسوبا إليه، وهو الشرط، وقالا هما سواء فيحنث بالشرب من إناء؛ لأنه المتعارف المفهوم، وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع، وهي مستعملة، ولهذا يحنث بالكرع إجماعا فمنعت المصير إلى المجاز، وإن كان متعارفا، والتقييد بدجلة اتفاقي؛ لأن الفرات والنيل كذلك بل، وكل نهر، وقيد

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٣٨/٤

بالنهر؛ لأنه لو حلف لا يشرب من هذا البئر أو من هذا الجب فإنه يحنث بشربه بالإناء إجماعا؛ لأنه لا يمكن فيه الكرع فتعين المجاز، وإن كان يمكن الكرع فعلى الخلاف، ولو تكلف وشرب بالكرع فيما لا يمكن الكرع لا يحنث؛ لأن الحقيقة والمجاز **لا يجتمعان**.

وأشار المصنف إلى أنه لو شرب من نهر يأخذ من دجلة لا يحنث في المسألة الأولى لعدم الكرع في دجلة لحدوث النسبة إلى غيره ويحنث في الثانية؛ لأن يمينه انعقدت على شرب ماء منسوب إليها، وهي لم تنقطع بمثله ونظيره ما إذا حلف لا يشرب من ماء هذا الجب فحول إلى جب آخر فشرب منه حنث.

وفي البدائع لو حلف لا يشرب من ماء دجلة فهذا، وقوله لا أشرب من دجلة سواء؛ لأنه ذكر الشرب من النهر فكان على الاختلاف، ولو حلف لا يشرب من نهر يجري ذلك النهر إلى دجلة فأخذ من دجلة من ذلك الماء فشربه لم يحنث؛ لأنه قد صار من ماء دجلة لزوال الإضافة إلى النهر الأول بحصوله في دجلة، ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فمدت الدجلة من المطر فشرب لم يحنث؛ لأنه إذا حصل في الدجلة انقطعت الإضافة إلى المطر فإن شرب من ماء واد سال من المطر لم يكن فيه ماء قبل ذلك أو جاء من ماء مطر مستنقع حنث؛ لأنه لما لم يضف إلى نهر بقيت الإضافة إلى المطر كما كانت. اهـ.

وفي الظهيرية لو حلف لا يشرب من الفرات لم يحنث ما لم يكرع عند أبي حنيفة، وهي معروفة غير أنا ذكرناها لفائدة، وهي أن تفسير الكرع عند أبي حنيفة أن يخوض الإنسان في الماء ويتناول الماء بفمه من موضعه، ولا يكون الكرع إلا بعد الخوض في الماء فإنه من الكراع، وهو من الإنسان ما دون الركبة، ومن الدواب ما دون الكعب كذا قال الشيخ الإمام نجم الدين النسفي. اهـ.

وفي المحيط لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فحقيقته أن يشرب منه كرعا حتى لو صب على كفه وشرب لا يحنث، ولو نوى بقوله لا أشرب من الفرات ماء الفرات قيل تصح نيته؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه

ـــــــQبين اليمين بالله تعالى حيث لم تصح فيها النية ديانة إلا إذا كان مظلوما وبين اليمين بالطلاق والعتاق حيث صحت ديانة مطلقا تأمل.

ولعل الفرق هتك حرمة اسم الله تعالى واقتطاع حق المسلم بوسيلة اسمه تعالى تأمل، وعبارة قاضي خان هنا رجل حلف رجلا فحلف ونوى غير ما يريد المستحلف إن كانت اليمين بالطلاق والعتاق ونحو ذلك يعتبر نية الحالف إذا لم ينو الحالف خلاف الظاهر ظالما كان الحالف أو مظلوما، وإن كانت اليمين بالله تعالى فإن كان الحالف مظلوما كانت النية فيه إلى الحالف، وإن كان الحالف ظالما يريد بيمينه إبطال حق الغير يعتبر فيه نية المستحلف، وهو قول أبي حنيفة ومحمد. اهـ.

(قوله: وفي الولوالجية من الطلاق إلخ) قال الرملي تأمل ما نقل عنها مع ما سبق في شرح المقولة قبل هذا. اهـ.

قلت: لا منافاة بينهما فإن قوله هنا لا تصح أي في القضاء كما صرح به بعد (قوله: وأخذ بقول الخصاف لا بأس به) الظاهر أن يقرأ أخذ بضم أوله والمراد، وأخذ القاضي بذلك فيقضي به إذ لا معنى لأخذ الحالف به؛ لأن أخذ الحالف غير خاص بقول الخصاف تأمل.

(قوله: وفي البدائع حلف لا يشرب إلى قوله فكان على الاختلاف) قال الرملي فيه إثبات الخلاف بين الإمام وصاحبيه في الصورتين، وفيما قاله صاحب الكنز، وكثير من أصحاب المتون إثبات الخلاف في الأولى فقط. اهـ.

قلت: وهذا بناء على ما في بعض النسخ، وهو لا يشرب من ماء دجلة، وفي بعضها لا يشرب ماء." (١)

"متعدية، والإقرار قاصر وللإقرار شرطان أحدهما أن يكون صريحا فلو أقر الأخرس بالزنا بكتابة أو إشارة لا يحد للشبهة لعدم الصراحة وكذا الشهادة على الأخرس لا تقبل لاحتمال أنه يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى في حال إفاقته بخلاف الأعمى، فإنه يصح إقراره، والشهادة عليه وكذا الخصي، والعنين وعلى هذا فيزاد في تعريف الزنا الموجب للحد بعد قوله مكلف ناطق لما علمت أن الأخرس لا حد عليه لا بإقراره ولا ببينة. الثاني أن لا يظهر كذبه في إقراره فلو أقر فظهر مجبوبا أو أقرت فظهرت رتقاء وذلك بأن تخبر النساء بأنها رتقاء قبل الحد وذلك؛ لأن إخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بخرساء أو هي أقرت بأخرس لا حد على واحد منهما كذا في فتح القدير ولا بد أن يكون إقراره في حالة الصحو لما في المحيط السكران إذا سرق أو زنى في حال سكره يحد ولو أقر بالزنا أو بالسرقة لا يحد؛ لأن الإنشاء لا يحتمل الكذب، والإقرار يحتمل الكذب فاعتبر هذا الاحتمال في حال سكره في الإقرار بالحد لا غير اهـ.

ولا بد من أن لا يكذبه الآخر، فإن أقر الرجل بالزنا بفلانة فكذبته درئ الحد عن الرجل سواء قالت إنه تزوجني أو لا أعرفه أصلا ويقضى بالمهر عليه إن ادعته المرأة.

وإن أقرت المرأة بالزنا بفلان وكذبها الرجل فلا حد عليها أيضا عند الإمام خلافا لهما في المسألتين كذا في الظهيرية وفي المحيط أصله أن الحد متى لم يجب على المرأة أصلا أو تعذر استيفاؤه عليها لا يجب على الرجل بالإجماع ومتى لم يجب على الرجل أصلا لم يجب على المرأة بالإجماع، وإن انعقد فعله موجبا للحد لكن بطل الحد عنه لمعنى عارض لا يمنع الوجوب على المرأة عنده خلافا لهما اهـ.

ولم يشترط المصنف بلوغ المقر وعقله كما في الهداية؛ لأنهما شرطا لكل تكليف وليس من شرطه الحرية فصح إقرار العبد بالزنا أو بغيره مما يوجب الحد، وإن كان مولاه غائبا وكذا القطع، والقصاص وفرق أبو حنيفة ومحمد بين حجة البينة وحجة الإقرار ولو قال العبد بعد ما أعتق زنيت وأنا عبد لزمه حد العبيد كذا في الظهيرية، وإنما شرطنا تكرار الإقرار أربعا «لحديث ماعز أنه - عليه السلام - أخر إقامة الحد عليه إلى أن تم إقراره أربع مرات في أربع مجالس» فلهذا قلنا لا بد من اختلاف المجالس؛ لأن لاتحاده أثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد فيه، والعبرة لمجلس المقر؛ لأنه قائم به دون مجلس القاضي وفسر محمد المجالس المتفرقة أن يذهب المقر بحيث يتوارى عن بصر القاضي وينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار ويظهر له الكراهية من ذلك ويأمر بإبعاده عن مجلسه في كل مرة؛ لأنه - عليه السلام - فعل كذلك وفي الظهيرية ولو أقر كل يوم مرة أو كل شهر مرة، فإنه يحد اهـ.

وأشار المصنف باقتصاره على البينة، والإقرار إلى أن الزنا لا يثبت بعلم القاضي وكذلك سائر الحدود الخالصة كذا في الذخيرة

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٥٦/٤

وإلى أن الإقرار، والشهادة **لا يجتمعان** فلذا قال في الظهيرية، والذخيرة أربعة فسقة شهدوا على رجل بالزنا وأقر هو مرة واحدة لا يحد ولو كان الشهود عدولا ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يحد وذكر غيره من المشايخ أن على قول محمد يحد وعلى قول أبي يوسف لا يحد اهـ.

قوله (وسأله كما مر، فإن بينه حد) أي سأل الحاكم المقر عن الأشياء الخمسة المتقدمة للاحتمالات المذكورة، فإن بين المسئول عنه

ـــــــQ (قوله: ولو أقر أنه زنى بخرساء أو هي أقرت إلخ) قال في النهر قيل يشكل عليه ما لو أقر أنه زنى بغائبة حد استحسانا لأن انتظار حضورها لاحتمال أن تذكر مسقطا عنه وعنها ولا يجوز التأخير بهذا الاحتمال فيحتاج إلى الفرق اهـ.

وفي حاشية أبي السعود قال شيخنا تغمده الله برحمته قد صرح الزيلعي في الباب الآتي بالفرق حيث قال بخلاف ما إذا أقر أنه زنى بغائبة أو شهد عليه بذلك حيث يحد وإن احتمل أن ينكر الغائب الزنا أو يدعي النكاح لأنه لو حضر وأنكر الزنا أو ادعى النكاح يكون شبهة واحتمال ذلك يكون شبهة الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دون شبهة الشبهة اهـ.

قال ثم ظهر لي أنه لا يصلح فارقا لما أن شبهة الشبهة ثابتة في المسألتين إذ دعوى الخرساء على فرض نطقها ما يسقط الحد هو الشبهة وجواز أنها لو تكلمت أبدته شبهة الشبهة فكان الاحتياج إلى إبداء الفرق باقيا اهـ. بلفظه.

وذكر في الجوهرة أن القياس عدم الحد لجواز أن تحضر فتجحد فتدعي حد القذف أو تدعي نكاحا فتطلب المهر وفي حده إبطال حقها والاستحسان أن يحد لحديث ماعز أنه حد مع غيبة المرأة وتمامه فيه وحاصله أنه ترك القياس للدليل فلا يقاس عليه ما لو زنا بخرساء لوروده على خلاف القياس وبه يندفع الإشكال والله تعالى أعلم (قوله: ومتى لم يجب على الرجل أصلا لم يجب على المرأة) سيأتي عند قول المصنف وبزنا صبي أو مجنون أنه منقوض بزنا المكره بالمطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة اهـ.

لكن احترز هنا عن الأول." (١)

"؛ لأن القطع، والضمان **لا يجتمعان** وعلى طريقة عدم وقوعه حدا فهو ضامن في العمد، والخطأ (قوله وطلب المسروق منه شرط القطع) أي وطلبه المال فلا قطع بدونه؛ لأن الخصومة شرط لظهورها أطلقه فشمل ما إذا أقر أو أقيمت عليه البينة لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره عند الأداء، والقطع لتنتفي تلك الشبهة وبما ذكرنا ظهر أن ما في التبيين معزيا إلى البدائع من أنه إذا أقر أنه سرق من فلان الغائب قطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه، فإنما هو رواية عن أبي يوسف وليست هذه عبارة البدائع، فإن عبارته قال أبو حنيفة ومحمد الدعوى في الإقرار شرط حتى لو أقر السارق أنه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر المسروق منه ويخاصم عندهما وقال أبو يوسف الدعوى في الإقرار ليست بشرط إلى آخره وفي البدائع أيضا قال محمد لو قال سرقت هذه الدراهم ولا أدري لمن هي أو قال

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٥/٧

سرقتها ولا أخبرك من صاحبها لا يقطع؛ لأن جهالة المسروق منه فوق غيبته ثم الغيبة لما منعت القطع على أصله فالجهالة أولى. اهـ.

ولم يعين يعني المصنف مطلوب المسروق منه فاحتمل شيئين أحدهما: طلب المال وبه جزم الشارح ثانيهما: طلب القطع وأشار الشمني إلى أنه لا بد من الطلبين وأن أحدهما لا يكفي لكن ذكره في الكشف الكبير قبيل بحث الأمر أن وجوب القطع حق الله تعالى على الخلوص ولهذا لم يتقيد بالمثل وما يجب حقا للعبد يتقيد به مالا كان أو عقوبة كالغصب، والقصاص ولهذا لا يملك المسروق منه الخصومة بدعوى الحد وإثباته ولا يملك العفو بعد الوجوب ولا يورث عنه. اهـ.

فقد صرح بأنه لا يملك طلب القطع إلا أن يقال: إنه لا يملك طلب القطع مجردا عن طلب المال، والظاهر أن الشرط إنما هو طلب المال ويشترط حضرته عند القطع لا طلبه القطع إذ هو حق الله تعالى فلا يتوقف على طلب العبد (قوله: ولو مودعا أو غاصبا أو صاحب الربا) أي ولو كان المسروق منه، والأصل فيه أن كل من كان له يد صحيحة يملك الخصومة ومن لا فلا فللمالك أن يخاصم السارق إذا سرق منه وكذا المودع بفتح الدال، والمستعير، والمضارب، والمبضع، والغاصب، والقابض على سوم الشراء، والمرتهن ومتولي المسجد، والأب، والوصي فتعتبر خصومتهم في ثبوت ولاية الاسترداد وفي حق القطع وأراد بصاحب الربا أن يبيع عشرة بعشرين وقبض العشرين فسرق منه العشرون فيقطع السارق بخصومته عندنا؛ لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب إذ الشراء فاسد بمنزلته، وأما العاقد الآخر من عاقدي الربا، فإنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة ذكره الشمني.

وفي فتاوى قاضي خان من اللقطة رجل التقط لقطة فضاعت منه فوجدها في يد غيره فلا خصومة بينه وبين ذلك الرجل بخلاف الوديعة، فإن في الوديعة يكون المودع أن يأخذها من الثاني؛ لأن في اللقطة الثاني كالأول وفي ولاية أخذ اللقطة وليس الثاني كالأول في ولاية إثبات اليد على الوديعة. اهـ.

فينبغي أن لا يقطع بطلب الملتقط كما لا يخفى (قوله: ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم) أي من هؤلاء الثلاثة؛ لأن الخصومة إنما شرطت ليعلم أن

ــــــــQعند أبي حنيفة؛ لأنه لم يقع حدا وسقوط الضمان عنه في ضمن وقوعه حدا وكذا عندهما بل أولى وفي الخطأ كذلك على الطريقة التي اعتبر فيها أن القاطع لا يجب عليه الضمان؛ لأنه أتلف وأخلف ولم يقع حدا وعلى الطريقة التي اعتبر فيها أن القاطع اجتهد وأخطأ فلا يجب الضمان إذ القطع والضمان **لا يجتمعان** (قوله: فينبغي أن لا يقطع بطلب الملتقط) فيه نظر؛ لأن عدم مخاصمة الملتقط الأول للثاني إنما هو لزوال الأول بإثبات يد مثل يده كما أشار إليه قول الخانية أن الثاني كالأول في ولاية أخذ اللقطة ولا يخفى أن هذا لا يدل على أنه لا بد للأول قبل ضياعها منه إذ لا شك أن يده يد أمانة حتى لا يتمكن أحد من أخذها منه ولو وصف أحد علامتها ولم يصدقه الملتقط لا يجبر على دفعها إليه، ولو دفعها إلى أحد له أن يستردها منه فهذا يدل على أن له يدا صحيحة فله مخاصمة من سرقها منه (قوله: أي من هؤلاء الثلاثة) هذا مخالف لما قدمه عن الشمني اتفاقا من أنه لا خصومة لمعطي الربا ثم رأيت في النهر ما نصه واعلم أن ظاهر كلامه أي المصنف يفيد أنه يقطع بخصومة معطي الربا دون صاحب الربا؛ لأن المال في يده بمنزلة المغصوب كما مر قال في الفتح

للمغصوب منه الخصومة إلا أن المسطور في السراج أنه لا يقطع بخصومة صاحب الربا؛ لأنه لا ملك له فيه ولا يد وتبعه الشمني ولم أر من نبه عليه فتدبره. اهـ.
أقول: قد صرح في الأشباه عن القنية أن الربا لا يملك فيجب عليه رد عينه ما دام قائما حتى لو أبرأه صاحبه لا يبرأ منه؛ لأن رد عينه القائمة حق الشرع وعلى هذا فلصاحبه ملك قائم فيه وللآخر يد؛ لأنه إذا قبضه برضا صاحبه صار كالمودع." (١)

"إنسان من الزراعة لا يجب عليه الخراج لعدم التمكن وقيد بالخراج الموظف لأن كلامه فيه لأنه لو كان خراج مقاسمة فلا شيء عليه بالتعطيل كذا في السراج الوهاج وأشار بنسبة التعطيل إليه إلى أنه كان متمكنا من الزراعة ولم يزرع فلو عجز المالك عن الزراعة لعدم قوته وأسبابه فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي للمالك وإن شاء أجرها وأخذ الخراج من الأجرة وإن شاء زرعها بنفقة من بيت المال فإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج وهذا بلا خلاف وعن أبي يوسف يدفع للعاجز كفايته من بيت المال فيعمل فيها قرضا وفي جمع الشهيد باع أرضا خراجية فإن بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه وإلا فعلى البائع كذا في البناية وقد قدمناه أن أرض مصر الآن ليست خراجية إنما هي بالأجرة فلا شيء على الفلاح لو عطلها ولم يكن مستأجرا لها ولا جبر عليه بسببها وبه علم أن بعض المزارعين إذا ترك الزراعة وسكن في مصر فلا شيء عليه فما يفعله الظلمة من الأضرار به فحرام خصوصا إذا أراد الاشتغال بالقرآن والعلم كمجاوري الجامع الأزهر وأما الثاني وهو أن من أسلم من أهل الخراج فإنه يؤخذ منه الخراج على حاله لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فأمكن إبقاؤه على المسلم وأما الثالث وهو إذا اشترى مسلم من ذمي أرض خراج فلما قلنا وقد صح أن الصحابة - رضي الله عنهم - اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهية.
(قوله ولا عشر في خارج أرض الخراج) لقوله - عليه السلام - «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم» كما رواه أبو حنيفة في مسنده ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى بإجماعهم حجة ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر يجب في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان **لا يجتمعان** في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان إلى الأرض وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما والحد والعقر والجلد والنفي والرجم وزكاة التجارة وصدقة الفطر والقطع والضمان كذا في السراج الوهاج وكذا التيمم مع الوضوء وكذا الحبل مع الحيض والحيض مع النفاس.

(فروع)
لا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة إذا كان موظفا وإن كان خراج مقاسمة تكرر لتعلقه بالخارج حقيقة كالعشر ولو وهب السلطان لإنسان خراج أرضه ليس له أن يقبل وأن

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٥/٦٨

ـــــــــــهالاحتراز عنها إلى آخر كلامه وأقول: إن كان كثيرا غالبا لا يمكن دفعه بحيلة يجب أن يسقط به وإن أمكن دفعه لا يسقط هذا هو المتعين للصواب.

(قوله وقيد بالخراج الموظف لأن كلامه فيه إلخ) قال الرملي وكذلك لو هلك الخارج في خراج المقاسمة قبل الحصاد أو بعده فلا شيء عليه لتعلقه بالخارج حقيقة وحكمه حكم الشريك شركة الملك فلا يضمن إلا بالتعدي فاعلم ذلك فإنه مهم ويكثر وقوعه في بلادنا وفي الخانية ما هو صريح في سقوطه بعد الحصاد في حصة رب الأرض ووجوبه عليه في حصة الأكار معللا بأن الأرض في حصته بمنزلة المستأجرة وفي الولواجية ما يخالفه وما في الخانية أقوى مدركا أوضح وجها فليكن المعول عليه (قوله فلو عجز المالك عن الزراعة إلخ) قال الرملي ثم لو عادت قدرته استردها الإمام ممن هي في يده وردها على صاحبها إلا في البيع خاصة صرح به في التتارخانية نقلا عن الذخيرة (قوله وفي جمع الشهيد با ع أرضا خراجية إلخ) قال في التتارخانية هذه المسألة على وجهين الأول أن تكون الأرض فارغة والجواب فيه أنه إن بقي من السنة مقدار ما يقدر المشتري على زراعتها قبل دخول السنة الثانية فالخراج على المشتري وإلا فعلى البائع ثم اختلف المشايخ أن المعتبر زرع الحنطة أو الشعير أو أي زرع كان فالفقيه أبو نصر يعتبر أي زرع كان والفقيه أبو القاسم يعتبر زرع الحنطة أو الشعير وكذلك اختلفوا أنه هل يشترط إدراك الريع بكماله.

وفي واقعات الناطفي الفتوى على أنه مقدر بثلاثة أشهر إن بقيت يجب على المشتري وإلا فعلى البائع وهذا منه اعتبار زرع الدخن وإدراك الريع فإن ريع الدخن يدرك في مثل هذه المدة الوجه الثاني إذا كانت الأرض مزروعة فإن كان الزرع لم يبلغ بعد فباعها مع الزرع فالخراج على المشتري على كل حال وإن كان الزرع قد بلغ وانعقد الحب فإن هذا وما لو با ع أرضا فارغة في الحكم سواء وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رجل له أرض خراج باعها من رجل ومكثت عند المشتري شهرا ثم باعها المشتري من رجل آخر ومكثت عنده شهرا أيضا ثم يبيع كل مشتر بعد شهر حتى مضت السنة ولم تكن في ملك أحدهم ثلاثة أشهر فليس على واحد خراج وفي المحيط وإن كان للأرض ربعان خريفي وربيعي وسلم أحدهما للبائع والآخر للمشتري وتمكن كل واحد منهما من تحصيل أحد." (١)

"سلمه وهو مع رسول القاضي وهو ممتنع به لا يبرأ، ولو سلمه قدام الحاكم برئ، كذا في البزازية وفي فتح القدير ولو قال المطلوب في الحبس دفعت نفسي إليك بالكفالة برئ الكفيل، وفي الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل؛ لأنه عجز عن إحضاره. اهـ.

وفي التتارخانية إذا شرط تسليمه عند القاضي فسلمه عند الأمير أو شرط تسليمه عند هذا القاضي فسلمه عند قاض آخر جاز.

قوله (وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب) لعجزه عن إحضاره له بعد موته، وكذا بعد موت الكفيل ووارثهما لا يقوم مقامهما؛ لأن الخليفة فيما له لا فيما عليه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الحق وهو إحضار المكفول به وقد تبع المصنف

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١١٨/٥

صاحب الهداية في بطلانها بموت الكفيل، وفي الكرخي في باب الصلح عن الحقوق التي ليست بمال أنها لا تبطل بموت الكفيل ويطالب وارثه بإحضاره، كذا في السراج الوهاج قيد بالكفالة بالنفس لأن الكفيل بالمال إذا مات لا تبطل؛ لأن حكمها بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول عنه إن كانت بأمره وكان الدين حالا، فإن كان مؤجلا لا رجوع لهم حتى يحل الأجل وإلا فلا كأدائه بنفسه، وأما موت الطالب فلا يبطلها؛ لأن وصيه ووارثه يخلفونه، أطلق المطلوب فشمل العبد لكن في الخلاصة لو كفل بنفس العبد فمات العبد برئ الكفيل إن كان المدعى به المال على العبد وإن كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ وضمن قيمته. اهـ.

وأشار باقتصاره في بطلانها على موت المطلوب والكفيل إلى أنها لا تبطل بإبراء الأصيل لما في البزازية، ولو كفل بنفس ثم أقر الطالب أنه لا حق له قبل المكفول به له أن يأخذ الكفيل بتسليمه ولا يبرأ، ولو قال الطالب لا حق لي قبل المكفول به لا من جهته ولا من جهة غيره لا بوكالة ولا بوصاية ولا بولاية برئ من الكفالة. اهـ.

فقولهم براءة الأصيل توجب براءة الكفيل إنما هو في الكفالة بالمال، اللهم إلا أن يقال: إن صورة براءة الأصيل فيما إذا كانت الكفالة بالنفس أن يقول ما ذكره فحينئذ الكلام على عمومه، وفي السراج الوهاج إذا مات المكفول له لم تبطل ويسلمه الكفيل إلى ورثته فإن سلمه إلى بعضهم برئ منهم خاصة وللباقين مطالبته بإحضاره فإن كانوا صغارا فلوصيهم مطالبته بإحضاره فإن سلمه إلى أحد الوصيين برئ في حقه وللآخر مطالبته، كذا في الينابيع. اهـ.

ومن الغريب ما في منظومة ابن وهبان وعزاه في الشرح إلى النتف أنها تبطل بموت الطالب والمعروف في المذهب خلافه وفي فروق الكرابيسي الكفالة على الكفالة جائزة وبموت الأصيل يبطلان وبموت الكفيل الأول يبرأ الثاني والحوالة بعد الحوالة تبطل الحوالة الأولى؛ لأن الكفالة للتوثق والثانية تزيده والحوالة نقل وهما **لا يجتمعان**. اهـ .

قوله (وبرئ بدفعه إليه وإن لم يقل إذا دفعته إليك فأنا بريء) لأن موجب الدفع إليه البراءة فثبت وإن لم ينص عليها كالمديون إذا سلم الدين والغاصب إذا سلم المغصوب والبائع إذا سلم المبيع أطلقه فشمل ما إذا قال سلمته إليك بجهة الكفالة أو لا إن طلبه منه، وأما إذا لم يطلبه منه فلا بد أن يقول ذلك كما قدمناه، وإذا أقر الطالب بقبض المكفول برئ الكفيل ولا يحتاج فيه إلى النص؛ لأن الظاهر أنه لا يقر إلا باستيفاء حقه ولو سلم الكفيل المكفول إلى الطالب فأبى أن يقبله أجبر على قبوله بمعنى أنه ينزل قابضا كالغاصب إذا رد العين والمديون إذا دفع الدين، بخلاف ما إذا سلمه فضولي فإنه لا يجبر، كما إذا قضى الدين فضولي أي غير مأمور بذلك والضمير في قوله إليه راجع إلى الطالب وأطلقه فشمل ما إذا كان غير صاحب الحق كما إذا كان الآخذ للكفيل وكيل الدائن فيبرأ بتسليمه إلى الموكل مطلقا وإلى الوكيل إن أضافه إلى نفسه وإن أضافه إلى موكله لم يبرأ بتسليمه إلى الوكيل؛ لأنه

ــــــQ [تبطل الكفالة بموت المطلوب والكفيل لا الطالب]

(قوله: الكفالة على الكفالة جائزة إلخ) تقدم هذا موضحا عن الخانية قبيل قول المصنف بكفلت بنفسه.." [١]

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٦/٢٣٠

"لا تجوز له الصلاة فيه لأن الأول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحري في الآخر.

(قوله ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف الذكورة والأنوثة والغصب) وهذا عند أبي حنيفة وقالا: لا قطع في الوجهين وقيل: الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل: في جميع الألوان لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لأن أمر الحد أهم وصار كالذكورة والأنوثة وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار غالبا على قرب منه والذكورية والأنوثة **لا يجتمعان** في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه أطلق في اللون فشمل جميع الألوان وهو الصحيح كذا في الكافي وقدمنا الاختلاف فيه وفي القنية خلاف غير ما قدمناه عن أبي جعفر أن هذا الخلاف فيما إذا اختلفا في صفتين متضادتين كالسواد والبياض فأما في المتقاربتين كما إذا شهد أحدهما على الصفرة والآخر على الحمرة فإنه تقبل لأن الصفرة المشبعة تضرب إلى الحمرة والحمرة إذا رقت تضرب إلى الصفرة وكثير من العوام لا يميزون بينهما وكذا إذا شهد أحدهما أنها غبراء والآخر أنها بيضاء تقبل بلا خلاف وعلى هذا الاختلاف بين الإمام وصاحبيه لو اختلفا في ثوب بأن قال أحدهما: هروي وقال الآخر مروي وقيد الاختلاف بما ذكر احترازا عما إذا اختلفا في الزمان أو المكان فإنها لا تقبل لأنها من قبيل الأفعال وأشار بقوله شهدا بسرقة بقرة إلى أن المدعي ادعى بقرة مطلقة من غير تقييد بوصف وأما إذا ادعى سرقة بقرة سوداء أو بيضاء لم تقبل إجماعا لأن المدعي كذب أحدهما.

[شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة]

(قوله ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة بطلت الشهادة) لأنهما لم يتفقا على عقد واحد والشراء بألف غير الشراء بألف وخمسمائة والمقصود إثبات العقد فإذا اختلف المشهود به تعذر الحكم لقصور الحجة عن كمال العدد أطلقه فشمل ما إذا كان المدعي يدعي أقل المالين أو أكثرهما وأشار إلى أن المدعي لو كان هو البائع واختلف شاهداه لم تقبل أيضا لما ذكرنا وذكر علاء الدين السمرقندي أن الشهادة تقبل في مسألة الكتاب لأن التوفيق ممكن لأن الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يشتريه بألف ثم يزيده عليه خمسمائة فقد اتفقا على شراء واحد اهـ.

وهو عجيب منه فإن المسألة نص محمد في الجامع الصغير وقد أجاب في العناية عن دليله بأنه إذا اشترى بألف ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بألف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن اهـ.

ولم يزد في المعراج على قوله وفيه نوع تأمل ونقله عنه في فتح القدير ولم يبينه ثم رأيت الجامع الصغير فإذا هو لم يذكر إلا مسألة البيع وكلام السمرقندي فيما قيس عليها وهو الشراء فلذا قال بالقبول فيه بخلاف ما إذا اختلفا في جنس الثمن كألف درهم ومائة دينار فإنها لا تقبل اتفاقا وأشار المؤلف - رحمه الله - إلى أنهما لو شهدا بالشراء ولم يبينا الثمن لم تقبل لما في البزازية ادعى محدودا بسبب الشراء من فلان ودفع الثمن إليه وقبض المدعي بالرضا فشهدا بأنه ملكه بالشراء منه لا

تقبل الشهادة لأنه دعوى الملك بسبب والقاضي أيضا لا بد أن يقضي بذلك السبب ولم يذكروا الثمن ولا قدره ولا وصفه والحكم بالشراء بثمن مجهول لا يصح قيل: المدعي ذكر التقابض وشهدا

ــــــــــق (قوله وأشار المؤلف – رحمه الله – إلى أنهما لو شهدا بالشراء ولم يبينا الثمن لم تقبل إلخ) قال الرملي: المفهوم من كلامهم في هذا الموضع وغيره أنه فيما يحتاج فيه إلى القضاء بالثمن لا بد من ذكر قدره ووصفه وما لا يحتاج فيه إلى القضاء به لا حاجة إلى ذكره تنبه وفي المبسوط وإذا ادعى رجل شراء دار في يد رجل وشهد شاهدان ولم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة لأن الدعوى إن كانت بصفة الشهادة فهي فاسدة وإن كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم يشهدوا بما ادعاه المدعي ثم القاضي يحتاج إلى القضاء بالعقد ويتعذر عليه القضاء بالعقد إذا لم يكن الثمن مسمى لأنه كما لا يصح البيع ابتداء بدون تسمية الثمن فكذلك لا يظهر بالقضاء بدون تسمية الثمن ولا يمكنه أن يقضي بالثمن حين لم يشهد به الشهود ثم قال: فإن شهدا على إقرار البائع بالبيع ولم يسميا ثمنا ولم يشهدا بقبض الثمن فالشهادة باطلة لأن حاجة القاضي إلى القضاء بالعقد ولا يتمكن من ذلك إذا لم يكن الثمن مسمى وإن قالا: أقر عندنا أنه باعها منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن فهو جائز لأن الحاجة إلى القضاء بالملك للمدعي دون القضاء بالعقد فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن ولأن الجهالة إنما تؤثر لأنها تفضي إلى منازعة مانعة من التسليم والتسلم ألا ترى أن ما لا يحتاج إلى قبضه فجهالته لا تضر وهو المصالح عنه بخلاف ما يحتاج إلى قبضه وهو المصالح فإذا أقر باستيفاء الثمن فلا حاجة هنا إلى تسليم الثمن فجهالته لا تمنع القاضي من القضاء بحكم الإقرار.." (١)

"كانوا معلومين ليكون الأجر مقابلا بجملتهم وإن كانوا غير معلومين يجب الأجر كله إليه أشار في الهداية والله أعلم

[باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها]

(باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها) (قوله صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها) لأن العمل المتعارف فيه السكنى فينصرف إليه وأنه لا يتفاوت فصح العقد والحوانيت الدكاكين كذا في الجوهرة وأشار إلى أنه لا يشترط أيضا بيان من يسكنها فله أن يسكنها بنفسه ويسكنها غيره بإجارة وغيرها وكذا من استأجر عبدا للخدمة له أن يؤجره لغيره بخلاف الدابة والثوب كذا في القنية وقيد بالدور والحوانيت لأن الثوب لا بد من بيان لابسه وكذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل فله الوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب المعتاد والاستنجاء بحائطه والدق المعتاد اليسير وأن يتد وتدا وربط الدواب في موضع معتاد له لا إن لم يكن معتادا وله ربطها على باب الدار وليس للآجر أن يدخل دابته الدار المستأجرة كذا في الخلاصة وفي القنية لمستأجر الدار المسبلة إلقاء ما اجتمع من كنس الدار من التراب إن لم يكن له قيمة وله أن يتد فيه وتدا ويستنجي بجداره ويتخذ فيه بالوعة إلا إذا كان فيه ضرر بين ولو استأجر حانوتا مسبلا لدق الأرز له ذلك إن لم يضر بالبناء وليس لمستأجر الدار المسبلة أن يجعلها إصطبلا اهـ.

وفي الخلاصة ولو كان فيها ماء توضأ منها وشرب ولو فسدت البئر لا يجبر أحدهما على إصلاحها ولو بنى المستأجر التنور

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١١٦/٧

في الدار المستأجرة فاحترق شيء من الدار لم يضمن المستأجر (قوله إلا أنه لا يسكن حدادا أو قصارا أو طحانا) فيه وجهان الأول أن يكون بفتح الياء من الثلاثي المجرد فيكون انتصاب حدادا وما بعده على الحال ويفهم منه عدم إسكانه غيره دلالة بالأولى الثاني أن يكون بضم الياء وكسر الكاف وانتصاب ما بعده على المفعولية ويفهم منه عدم سكناه بنفسه بالإشارة لأنه إنما لم يجز أن يسكن غيره لأن ذلك يوهن البناء وفي سكنى نفسه ملتبسا بهذه الأشياء هذا المعنى حاصل كذا في غاية البيان وهذا إذا لم يرض به المالك أو لم يشترطه في الإجارة فإن استأجره لذلك كان له ذلك ولو اختلفا في الاشتراط فالقول للمؤجر كما لو أنكر أصل العقد وإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر كذا في الخلاصة وفي القنية استأجر حانوتا مسبلا لدق الأرز له ذلك إن لم يضر بالبناء. اهـ.

وفي الخلاصة وإذا استأجر ليقعد قصارا فله أن يقعد حدادا إذا كان مضرتهما واحدة والمراد من الرحى غير رحى اليد أما رحى اليد فلا يمنع من الطحن عليها وإن كان يضر وعليه الفتوى كذا في الخلاصة ولو فعل ما لا يجوز له وجب عليه الأجر وإن انهدم البناء بعمله وجب عليه الضمان ولا أجر لما علم أنهما **لا يجتمعان** قيد بالدور والحوانيت لأن استئجار البناء وحده لا يجوز في ظاهر الرواية لأنه لا ينتفع بالبناء وحده وفي القنية يفتي برواية جواز استئجار البناء إذا كان منتفعا به كالجدران مع السقف اهـ.

وفي الجوهرة المستأجر إذا أجر بأكثر مما استأجر تصدق بالفضل إلا إذا أصلح فيها شيئا أو أجرها بخلاف جنس ما استأجر والكنس ليس بإصلاح وفي الجوهرة وإن أجرها من المؤجر لم يجز سواء كان قبل القبض أو بعده وهل هو نقض للعقد الأول فيه اختلاف المشايخ والأصح أن العقد ينفسخ

(قوله والأراضي للزراعة إن بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ما شاء) أي صح ذلك للإجماع العملي عليه ولا بد من البيان لأنها تستأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة وترتفع بتفويض الخيرة إليه أيضا وإلا فهي فاسدة للجهالة وتنقلب صحيحة بزرعها ويجب المسمى لارتفاعها كاستئجار ثوب لم يبين لابسه إذا ألبس شخصا انقلبت صحيحة وكذا الدابة والقدر للطبخ وللمستأجر الشرب والطريق لأنها تنعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان تبعا بخلاف البيع لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى جاز بيع الجحش والأرض السبخة دون إجارتها إلا بذكر الحقوق والمرافق كما عرف في البيوع وفي القنية استأجر أرضا سنة على أن يزرع

ـــــــQباب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها) (قوله أما رحى اليد إلخ) فيه سقط والذي في الخلاصة لا يمنع من رحى اليد إن كان لا يضر وإن كان يضر يمنع وعليه الفتوى." (١)

"وتقييده وذكر أيضا من الأفعال ما يعد خلافا من الأجير للمؤجر وما لا يعد خلافا. قال – رحمه الله – (صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها) والقياس أن لا تجوز هذه الإجارة حتى يبين ما يعمل فيها؛ لأن الدار تصلح للسكنى ولغيرها، وكذا الحوانيت تصلح لأشياء مختلفة فينبغي أن لا تجوز حتى يبين ما يعمل فيها كاستئجار الأرض للزراعة والثياب

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٠٤/٧

للبس، وجه الاستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى والمتعارف كالمشروط؛ ولأن إجارتها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز إجارتها مطلقا بخلاف الأراضي والثياب؛ لأنهما يختلفان وعبارة المؤلف أحسن من عبارة صاحب الهداية حيث زاد للسكنى لسلامته عما أورد على هذا اللفظ قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى؛ لأنه لو نص على هذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى اهـ. كلامه.

قال صاحب غاية البيان ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وله أن يعمل فيها كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده، وهو الظاهر من كلام القدوري اهـ.

وقول تاج الشريعة لو نص على السكنى ليس له أن يعمل غيرها كما سيأتي ليس بظاهر؛ لأنه لو عمل غيرها بما هو أنفع من السكنى بأن خزن فيها برا أو غيره يجوز؛ لأن التقييد فيما لا يتفاوت لا يعتبر، ولو استحق المستأجر من يد المستأجر، وقد هلك عنده وضمنه يرجع على الذي أجره ولا أجر عليه فيما استعمله؛ لأن الأجرة والضمان **لا يجتمعان**.

قال – رحمه الله – (وله أن يعمل فيها كل شيء) لما ذكرنا من أنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز له أن يعمل فيها ما شاء عند الإطلاق وله أن يسكن غيره معه أو ينفرد؛ ولأن كثرة السكان لا يضر بها، بل يزيد في عمارتها؛ لأن خراب المسكن بترك السكان وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب؛ لأن ذلك كله من توابع السكنى وذكر في النهاية أنه لا يدخل الحيوان في عرفنا؛ لأن المنازل ضيقة. اهـ.

وبربطها على الباب فإن أجره صحن الدار ربطها في الصحن وليس للمؤجر أن يدخل دابته الدار بعدما أجرها، ولو كان فيها بئر أو بالوعة فسدت لا يجبر على إصلاحها، ولو بنى المستأجر التنور في الدار المستأجرة فاحترق شيء من الدار لم يضمن، كذا في الخلاصة وفي المحيط وله أن يربط الدابة إن كان في الدار سعة أما إن كانت ضيقة فلا، ولو استأجر دارا على أن يسكنها وحده فله أن يترك امرأته معه؛ لأنه شرط لا فائدة فيه. اهـ.

وفي الخلاصة وإذا ربط الدابة فضربت إنسانا أو هدمت الحائط لم يضمن اهـ.

قال – رحمه الله – (إلا أنه لا يسكن حدادا أو قصارا أو طحانا) لأن في نصب الرحى واستعمالها في هذه الأشياء ضررا ظاهرا؛ لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة، والمراد بالرحى رحى الماء والثور، وأما رحى اليد فلا يمنع منها؛ لأنها لا تضر بالبناء وفي الحدادي رحى اليد إذا بنيت في الحائط يمنع منها وله أن يكسر فيها الحطب الكسر المعتاد وله أن يطبخ فيها الطبخ المعتاد وإن زاد على العادة بحيث يوهن البناء، فليس له ذلك إلا برضا صاحب الدار وينبغي أن يكون الدق على هذا التفصيل فظهر أن الحاصل كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها إلا بإذن، وكل ما لا ضرر فيه جاز بمطلق العقد واستحقه به ولم يتعرض المؤلف لبيان ما يجب عليه إذا فعل ذلك ونحن نبينه فلو أقعد حدادا فهدم البناء بعمله وجب الضمان؛ لأنه متعدي ولا أجر؛ لأن الضمان والأجر **لا يجتمعان**، ولو لم ينهدم وجب عليه الأجر استحسانا والقياس أن لا يجب؛ لأن هذا العمل غير داخل تحت العقد، ووجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة

وأخواتها السكنى وزيادة فيصير مستوفيا للمعقود عليه فيجب عليه الأجر بشرط السلامة فصار نظير ما لو استأجر دابة ليحمل عليها قدرا معلوما فزاد عليها وسلمت الدابة فإنه يجب عليه الأجر، ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك كان القول للمؤجر؛ لأنه أنكر الإجارة، ولو أقاما البينة كانت بينة المستأجر أولى وفي الخلاصة ولو استأجر ليقعد قصارا فله أن يقعد حدادا إن كان ضررهما واحدا، وفي المحيط أو كان ضرر الحداد أقل وإن كان أكثر، فليس له ذلك وكذلك الرحى اهـ.

قيد بالدور؛ لأن استئجار البناء وحده لا يجوز في ظاهر الرواية؛ لأنه لا ينتفع به وحده." (١)

"اعلم أن استئجار الدابة والثوب على ثلاثة أضرب: الأول أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب أو للبس ولم يزد عليه. والثاني أن يزيد في قوله على أن أركب من أشاء وألبس من أشاء. والثالث أن يقول على أن أركب أنا أو فلان أو ألبس أنا أو فلان، ففي الوجه الأول يفسد العقد؛ لأن الركوب واللبس مختلفان اختلافا فاحشا فإن أركب شخصا ومضت المدة تنقلب صحيحة ويجب المسمى استحسانا؛ لأنه ارتفع الموجب للفساد وهو الجهالة ولا ضمان عليه إن هلكت؛ لأنه غير متعدد وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من يركب سواء كان المستأجر أو غيره؛ لأنه تعين من الأصل فصار كأنه نص عليه ابتداء وفي الثالث ليس له أن يتعداه؛ لأن التعيين مفيد فإذا تعدى صار ضامنا وحكم الحمل حكم الركوب في جميع ما ذكرنا وفي قاضي خان استأجرت المرأة درعا لتلبسه ثلاثة أيام إن كان الثوب بدله كان لها أن تلبسه في الأيام والليالي وإن كانت صيانة تلبسه في النهار وفي أول الليل وآخره وليس لها أن تلبسه كل الليل فإن لبسته كل الليل وباتت فيه حتى جاء النهار برئت من الضمان إن لم يتخرق اهـ.

وفي البقالي استأجر دابة ليحمل عليها فحمل عليها رجلا لا يضمن، ولو استأجر دابة ليطحن عليها وما بين مقدار ما يعمل به فإنه يجوز وله أن يعمل عليها مقدار ما تحمل، وفي المحيط ينعقد فاسدا فإذا عمل عليها مقدار ما يحمل يعود جائزا ويجب المسمى استحسانا فظهر أن المشيئة في قوله ما شاء مقيدة بقدر حملها وفي المحيط استأجر ثوبا ليلبسه ليذهب إلى مكان كذا فلم يذهب إلى ذلك الموضع ولبسه في غير ذلك الموضع يكون مخالفا ولا أجر عليه، وقال الفقيه أبو الليث عندي أنه غير مخالف ويجب الأجر؛ لأن هذا خلاف إلى خير وليس هذا كمن استأجر دابة ليذهب إلى موضع كذا فركبها في المصر في حوائجه فهو مخالف؛ لأن الدابة لا يجوز إيجارها إلا إذا بين المكان وفي الثوب لا يحتاج إلى بيان المكان اهـ.

وفي الخلاصة وإذا تكارى قوم مشاة إبلا على أن المكاري يحمل عليها من مرض منهم أو من أغمي عليه منهم فهذا فاسد.

قال – رحمه الله – (وإن قيد براكب ولابس فخالف ضمن) يعني إذا عطبت؛ لأن التقييد مقيد فتعين فإذا خالف صار ضامنا بالتعدي؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس ولا أجر عليه؛ لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان**، وكذا الأجرة عليه إن سلم بخلاف ما إذا استأجر حانوتا وأقعد فيه قصارا أو حدادا حيث يجب الأجر؛ لأنه لما سلم تبين أنه لم يخالف، كذا في غاية البيان واستفيد من كلامه أنه إذا قيد ليس له الإجارة والإعارة كما إذا عمم وليس له الإيداع في الأول ولا ضرورة

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١١/٨

دون الثاني، كذا في فصول العمادي كما إذا عمي الحمار في الطريق.

قال - رحمه الله - (ومثله ما يختلف بالمستعمل) يعني يضمن مثله في كل شيء يختلف باختلاف المستعمل إذا كان مقيدا وخالف لما ذكرنا من المعنى قال - رحمه الله - (وفيما لا يختلف بطل تقييده كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره) يعني فيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور للسكنى لا يعتبر تقييده حتى إذا شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره؛ لأن التقييد لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحداد والقصار والطحان خارج كما مر والفسطاط كالدار عند محمد، وعند أبي يوسف مثل اللبس لاختلاف الناس في نصبه وضرب أوتاده واختيار مكانه.

قال - رحمه الله - (وإن سمى نوعا، وقدرا ككر بر له حمل مثله وأخف لا أضر كالملح) يعني لو سمى النوع والقدر فله أن يحمل على الدابة ما هو مثله وأخف كما لو استأجر ليحمل هذه الحنطة وهي قدر معلوم فحمل مثل قدرها وما هو أخف منه كالشعير والسمسم وليس له أن يحمل عليها ما هو أضر منه كالملح؛ لأن الرضا بالشيء يكون رضا بما هو مثله أو دونه عادة لا بما هو أضر منه؛ لأنه لا فائدة في إجازة كر حنطة ومنع كر شعير، بل الشعير أخف منه فكان أولى بالجواز حتى لو سمى قدرا من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثله وزنا ضمن؛ لأن الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر ما تأخذ الحنطة فصار كما لو حمل عليها قربة ماء أو حطب، كذا في النهاية، وقال شيخ الإسلام في شرحه لا يضمن استحسانا.
وقال وهو الأصح؛ لأن ضرر الشعير عند استوائهما في الوزن أخف من ضرر الحنطة؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة فكان أخف عليها بالانبساط وبه كان يفتي الصدر الشهيد، ولو حمل عليها مثل وزنه حديدا أو ملحا يضمن؛ لأنه يجتمع في مكان واحد من ظهر الدابة فيضر بها أكثر، وكذا لا يضمن إذا حمل عليها مثل وزنها قطنا؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر وفيه حرارة." (١)

"يجب الأجر وبين ما إذا استأجر دابة لركوب معين فإن ركب غيره وسلمت حيث لا أجر عليه كما في الخلاصة والحدادي والفتاوى العتابية، قلت الفرق أنه هنا وافق من وجه؛ لأن المقصود وصول المتاع إلى ذلك المكان وهناك لم يحصل المقصود؛ لأن المقصود ركوب المعين ولم يحصل ولا يخفى أن قوله وتفاوتا ليس بقيد احترازي؛ لأنه لو ذهب إلى مكان غير ما عينه يضمن، ولو كان أقرب، قال في الينابيع استأجر دابة إلى موضع كذا فركبها إلى مكان أقرب منه فعطبت ضمن قيمتها. اهـ.
زاد في المحيط في باب الراعي ولو سلم فلا أجر له؛ لأن رب طريق يفسد الدابة السير فيها يوما لصعوبتها وطريق لا يفسد الدابة السير فيها شهرا لسهولتها فاختلف جنس المنفعة فاستوفى جنس آخر فلا يجب الأجر فهذه رواية تخالف ما تقدم وفي الخلاصة، ولو نزل وتهيأ له الارتحال فلم يرتحل حتى أفسد المطر المتاع يضمن إلا إذا كان المطر عاما وفي الخلاصة إذا أفسد المطر المتاع على ظهر الدابة أو سرق لا يضمن.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٤/٨

قال – رحمه الله – (وحمله في البحر الكل وإن بلغ فله الأجر) يعني لو عين عليه أن يحمله في البر فحمله في البحر إن هلك القماش ضمن وإن سلم فله الأجر وفي الخلاصة ولو كان البحر يسلكه الناس ولهذا أطلقه المؤلف، قال الأتقاني السماع بلغ بالتشديد وقوله الكل عائد إلى المسائل التي تقدمت كلها من قوله وبالضرب. اهـ.

قال – رحمه الله – (وبزرع رطبة وأذن بالبر ما نقص) يعني إذا قيد عليه بأن يزرع حنطة فزرع رطبة يجب عليه ضمان نقصان الأرض؛ لأن الرطبة أكثر ضررا من الحنطة لانتشاب عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شر لاختلاف الجنس فيجب عليه النقصان بخلاف ما إذا استأجر دابة للركوب أو الحمل فأردف غيره أو زاد حيث يجب عليه من الضمان بحسابه؛ لأنه تلف بما هو مأذون فيه وبما هو غير مأذون فيه قال – رحمه الله – (ولا أجر) يعني ولا يجب الأجر؛ لأنه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب فلا تجب الأجرة؛ لأن الضمان والأجرة **لا يجتمعان** وإن زرع فيها ما هو أقل ضررا من الحنطة لا يجب الضمان وتجب الأجرة؛ لأنه خلاف إلى خير فلا يصير به غاصبا وأقول: ينبغي أن يرجع قوله ولا أجر لجميع المسائل التي قيد فيها والتقييد مقيد إذا خالف.

قال – رحمه الله – (وبخياطة قباء وأمر بقميص فله قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجرة مثله) يعني إذا أمره أن يخيط ثوبه قميصا فخاطه قباء فرب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه وإن شاء أخذه ودفع له أجرة مثله أي مثل القباء القباء القرطف الذي يلبسه الأتراك مكان القميص وهو ذو طاق واحد، قال ظهير الدين القميص إذا قد من قبل كان قباء طاق إذا خيط جانباه كان قميصا قيد بالقباء؛ لأنه لو خاطه غير قباء لا يثبت له خيار، بل يضمنه القيمة حتما، وقيل له الخيار في الكل ووجه ما ذكر أنه قميص من وجه؛ لأنه يمكنه سده والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث القطع فيخير كما ذكرنا، وإذا أخذ القباء يدفع أجرة مثله لا يتجاوز به المسمى، ولو خاطه قميصا مخالفا لما وصفه له يخير فإذا أخذه فله أجر مثله لا يتجاوز به المسمى، ولو خاطه سراويل، وقد أمره بالقباء يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والهيئة، وقيل يخير وهو الأصح لوجود الاتحاد في أصل المنفعة وهو الستر فصار كما لو دفع لرجل نحاسا وأمره أن يضرب له شيئا من الأواني فضربه له بخلافه فإنه يخير، وفي التتارخانية إذا أمر إنسانا أن ينقش اسمه في فص خاتمه فغلط فنقش اسم غيره ضمن الخاتم وفي الغياثية وإن شاء صاحب الخاتم أخذه وأعطاه مثل أجر عمله لا يزاد على المسمى، ولو دفع إلى نجار بابا وأمره أن ينقشه كذا ففعل غير ما أمره به فله الخيار كما تقدم وإن وافق أمره إلا قليلا فلا وإن أجره أن يحمر له بيتا فخضر فالمالك بالخيار إن شاء أعطاه ما زادت الخضرة فيه ولا أجر له وإن شاء ضمنه قيمته.
ولو دفع ثوبه إلى صباغ ليصبغه بزعفران فصبغه بغير ما سمى فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلمه إليه وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجرة مثل عمله لا يتجاوز به المسمى وفي الغياثية لو اختلف في كيفية الصبغ قبل العمل مخالفا ويفسخ العقد وإن بعد العمل فالقول لرب الثوب، ولو دفع إلى حائك غزلا لينسجه كذا فخالف فإما أن يكون الخلاف من حيث القدر أو من حيث الصفة ولا يخلو إما أن يكون إلى زيادة أو نقصان وفي الفصول كلها صاحب الثوب

بالخيار إن شاء ترك الثوب وضمنه غزلا وإن شاء ضمنه الثوب وأعطاه أجرة المثل لا يتجاوز به المسمى وفي الخلاصة رجل دفع إلى." (١)

"يجوز وفي العيون والكبرى كل شيء استأجره أحدهما من صاحبه مما يكون العمل فيه لهما فإنه لا يجوز فإن عمل فلا أجر له وذلك مثل الدابة يعني لو استأجر دابة مشتركة لحمل طعام بينهما فلا أجر له وكل شيء استأجره أحدهما من صاحبه مما لا يكون العمل فيه لهما فهو جائز نحو الجوالق والسفينة والدار قال فخر الدين والفتوى على ما ذكر في العيون وفي النوادر استأجر رجلين ليحملا له هذه الحنطة إلى منزله بدرهم فحملها أحدهما فله نصف الدرهم وهو متطوع إذا لم يكونا شريكين قبل العمل، وكذا إذا استأجرهما لبناء حائط أو حفر بئر فلو كانا شريكين في العمل يجب الأجر كله ويكون بينهما وفي الأصل استأجر قوما ليحفروا له سردابا إجارة صحيحة فعملوا وتعاونوا في العمل إن كان يسيرا قسم الأجر بينهما على عدد الرءوس وإن كان فاحشا يقسم على قدر العمل، وإن لم يعمل أحدهما لمرض أو عذر سقطت حصته وفي الغياثية لرجل بيت على نهر فجاء آخر بحجر ومتاعها فوضعهما في البيت واشتركا على أن يطحنا حبوب الناس فما حصل قسماه نصفين جاز وهو شركة التقبل وليس للبيت والمتاع أجر.

قال – رحمه الله – (كراهن استأجر الرهن من المرتهن) يعني لا يجوز استئجار الشريك هنا كما لا يجوز في مسألة الراهن؛ لأنه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجره فلا يتأتى منه تمليك المنافع بعوض؛ لأن التمليك من غير المالك محال والراهن إنما يمكن من الانتفاع من حيث إنه ملكه ومن انتفع بملك نفسه لا أجرة عليه.

قال – رحمه الله – (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فزرعها فمضى الأجل فله المسمى) لأن الأرض تؤجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم، وكذا ما يزرع فيها يختلف كما تقدم فلا يجوز العقد حتى يبين ما يزرع ويبين جنسه، وإذا زرع ومضى الأجل جاز استحسانا؛ لأن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد ينقض الحكم أقول: لا يخفى على ذي تأمل إن جعل العقد تاما ينقض الحكم مما لا تقبله الفطرة السليمة فإن العقد ينفسخ من الأصل بنقض الحاكم إياه فكيف يتصور أن تتم به وتمام الشيء من أثر بقائه به والحق أن المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد، قال في النهاية فإن قيل إذا ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع فيها ما يضر بالأرض فكيف ينقلب إلى الجواز بتحقق شيء احتماله مفسد للعقد؛ ولأن المعقود عليه إذا كان مجهولا لا يتعين إلا بتعيينهما صونا عن الإضرار بالآخر ولا ينفرد به أحدهما، قلت الأصل إجارة العقد عند انتفاء المانع؛ لأن العقود تصح بقدر الإمكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما، وعند استيفاء المنافع يزول هذا. اهـ.
وفي غاية البيان ويجب المسمى إذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد. اهـ.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٨/٨

وفي بعض النسخ قيل: وهذا تحريف من الكاتب يعني إذا كان بعده فله أجر المثل لا يقال هذه المسألة متكررة مع قوله والأرض للزراعة إن بين ما يزرع؛ لأنا نقول الأول باعتبار ما يصح من العقود وذكرها هنا باعتبار ما يفسد من العقود قال الأكمل لا يقال هذه المسألة متكررة مع ما ذكره أول الباب؛ لأن ذلك وضع القدوري، وهذا موضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة قوله فله يشير إلى أنه انعقد فاسدا وزال الفساد بالزرع على ما فيه.

قال – رحمه الله – (وإن استأجر حمارا إلى مكة ولم يسم ما يحمل فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن) لأن العين أمانة في يده وإن كانت الإجارة فاسدة؛ لأن الفاسد يعتبر بالصحيح لكونه مشروعا من وجه فلا يضمن ما لم يتعد فإذا تعدى ضمن ولا أجر عليه، قال – رحمه الله – (وإن بلغ مكة فله المسمى) ؛ لأن الفساد كان لجهالة ما يحمل فإذا حمل عليه شيئا تعين ذلك فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد، ولو استأجر دابة وجحد الإجارة في أثناء الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار ولا يجب الأجر لما بعده عند أبي يوسف؛ لأنه بالجحود صار غاصبا والأجر والضمان **لا يجتمعان**، وقال محمد يجب الأجر كله. اهـ.

قال – رحمه الله – (وإن تشاحا قبل الزرع والحمل نقضت الإجارة دفعا للفساد) إذ الفساد باق قبل أن ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع والحمل، فإن قلت حكم الإجارة الفاسدة نقضها قبل تمام الأجرة بعد الاستعمال فكان ينبغي أن يقدم على وجوب الأجرة بعد الاستعمال قلنا قدم الأجرة لكثرة وقوعها فتأمل ولا يخفى أن رفع الفاسد واجب سواء تشاحا أو لم يتشاحا فكان." (١)

"ملكه فصح وصار نائبا عنه وصار فعله منقولا إليه؛ لأنه فعله بنفسه؛ ولأن البدل ليس بمقابلة العمل بدليل أنه يستحق الأجر وإن لم يعمل، وهذا؛ لأن المبيع منفعته وهي سليمة وإنما الخرق في العمل الذي هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن يضمن شيئا ما هو عليه فلا يشترط فيه السلامة فلا يضمن ما تلف إلا إذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع وفي المحيط وعلى هذا التفصيل أما في الضمان تلميذ القصار وأجيره سائر الصنائع.

قال – رحمه الله – (وصح ترديد الأجير بترديد العمل في الثوب نوعا وزمانا في الأول) يعني يجوز أن يجعل الأجر مترددا بين تسميتين ويجعل العمل مترددا في الثوب بين نوعي العمل بأن يقول إن خطت فارسيا فبدرهم أو روميا فبدرهمين أو صبغته بعصفر فبدرهم وبزعفران فبدرهمين، أو يجعل العمل مترددا بين زمانين بأن يقول إن خطته اليوم فبدرهمين وإن خطته غدا فبنصف درهم يجوز في الأول دون الثاني وهو معنى قوله وزمانا في الأول، ويجوز التردد بين ثلاثة أشياء ولا يجوز بين أكثر كما تقدم، ولو قال المؤلف – رحمه الله تعالى – وصح ترديد الأجر بترديد العمل نوعا وزمانا في الأول فيما دون الأربعة لكان أولى؛ لأنه يفهم من الإطلاق أنه يصح في أكثر من الأربعة، وهذا خيار التعين إلا أنه لا بد في البيع من اشتراط الخيار وفي الإجارة لا يشترط ذلك والفرق أن تحقيق الجهالة في البيع لا يرتفع إلا بإثبات الخيار بخلاف الإجارة واستشكل

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٨/٢٩

صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال: أقول: الجهالة التي في طرف الأجرة ترتفع كما ذكر أما التي في طرف العين المستأجرة فهي ثابتة وتفضي إلى المنازعة فينبغي أن لا يصح بدون شرط اليقين اهـ.

وهذا التفصيل في الزمان قول الإمام، وقالا الشرطان جائزان، وقال زفر الشرطان فاسدان؛ لأن الخياطة شيء واحد، وقد ذكر لمقابلته بدلان فيكون مجهولا ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت وغدا للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان وللإمام في الأول قال فارسيا وروميا فسمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل منهما بدلا معلوما فيجوز للإمام أيضا إذا كان الترديد في الزمان إن ذكر اليوم للتعجيل والغد للإضافة والكلام لحقيقته حتى يقوم دليل المجاز، وقد قام الدليل على إرادة المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل؛ لأن مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز؛ لأن تعين العمل مع التوقيت مفسد فإن تعين العمل يوجب كونه أجيرا مشتركا وتعين الوقت يوجب كونه خاصا وبينهما تفاوت **فلا يجتمعان**، فتعين المجاز كي لا يفسد فحملاه على التعجيل وفي الغد لم يقم الدليل على إرادة المجاز، بل قام الدليل على إرادة الحقيقة وهو الإضافة يعني في التعليق فتركاه على حقيقته فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر غد للإضافة لم يجتمع في اليوم إلا نسبة واحدة فلم يفسد فإذا خاطه اليوم فله الدراهم، واجتمع في غد تسميتان فوجب حمله على الإضافة.

وهذا يناقض ما قدمه من أنه إن كان العمل أولا فالزمان لغو أو الزمان أولا فالعمل لغو فهو في الأول أجير مشترك وفي الثاني أجير خاص فإذا خاطه في غد فله أجر مثله لا يزاد على نصف درهم بخلاف الفارسية والرومية؛ لأنهما عقدان مختلفان لم يجتمعا فافترقا ويشكل على ما علل به في اليوم والغد مسألة الراعي فإنها جمع فيها بين ذكر الوقت والعمل وتصح الإجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد، بل يعتبر أجيرا مشتركا إن وقع ذكر العمل أولا وأجيرا وحده إن وقع ذكر الوقت أولا كما ذكر في الذخيرة والمحيط قال صاحب الكافي وفي المسألة إشكال على قول الإمام حيث جعل ذكر اليوم للتعجيل ها هنا حتى أجاز العقد وفي مسألة الخياط جعله للتوقيت وأفسد العقد.

والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة ولم نعمم هناك وكان التوقيت مرادا ففسد العقد، وقوله ترديد الأجرة قيد اتفاقي؛ لأنه لا فرق بين ترديد الأجرة ونفيها لما قال في المحيط البرهاني لو قال إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلا أجر لك، قال محمد في الإملاء إن خاطه في اليوم الأول فله درهم وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعا؛ لأن إسقاط الأجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الأول، ونفي التسمية في اليوم الأول لا ينفي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه فيجب أجر المثل اهـ.

بلفظه، وفي التتارخانية بعد أن ذكر هذا الفرع هذا إذا جمع بين الأمرين فلو أفرد العقد على اليوم بأن قال إن خطته اليوم فلك درهم ولم يزد على هذا فخاطه في الغد لم." (١)

"فانصرف إليه فلا يكون له أن ينقله إلى خدمة السفر؛ لأنه أشق؛ ولأن مؤنة الرد على المولى فيلحقه ضرر بذلك فلا يملكه إلا بإذنه بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر؛ لأن مؤنة الرد عليه ولم يوجد العرف في حقه لا

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٥/٨

يقال لما ملك المنفعة ملك أن يسافر به كالمولى؛ لأنا نقول المولى إنما ملك ذلك؛ لأنه ملك الرقبة قيد بقوله ولا يسافر فأفاد أن له أن يستعمل فيما دون السفر ففي المحيط استأجر عبدا ليخدمه ولم يبين مكان الخدمة له أن يستخدمه بالكوفة دون خارج الكوفة، قال شمس الأئمة يعني لا يسافر بالعبد وله أن يخرجه إلى القرى وأفنية المصر ويستخدمه إلى العشاء الأخيرة وليس له أن يضربه وله أن يكلفه أنواع الخدمة ويخدم ضيفانه وامرأته وأطلق في قوله ولا يسافر وهو مقيد بما إذا لم يكن متهيئا للسفر، وقد عرف بذلك؛ لأن المعروف كالمشروط، ولو سافر به صار غاصبا ولا أجر عليه إن سلم؛ لأن الضمان والأجر **لا يجتمعان** وفي المحيط لا يكلفه الخبز والطبخ والخياطة وعلف الدواب، قال تفسيره أن يعقده خياطا ليخيط للناس أو خبازا ليخبز للناس؛ لأنه ليس من الخدمة، بل من التجارة.

وأما إذا خاط له وخبز له فله ذلك؛ لأنه من أنواع الخدمة، ولو دفع عبده إلى حائك ليعلمه النسج واشترط عليه أن يحذقه في ثلاثة أشهر لم يجز؛ لأن التحديق ليس بعلم معلوم، ولو أجر عبده سنة فأعتق العبد في خلال السنة جاز عتقه والعبد بالخيار إن شاء أجاز العقد فيما بقي وله أجر ما بقي من السنة وإن شاء فسخ وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى فإن كان المولى قبض الأجرة معجلا فأعتق العبد في خلال السنة فإن أجاز العبد العقد فيما بقي سلم ذلك للسيد، ولو كان العبد هو الذي أجر نفسه بإذن المولى، ثم أعتق العبد فله الخيار كما تقدم إلا أن العبد هو الذي يقبض الأجرة وفي الغياثية وإن قبض المولى جميع الأجرة قبل عتقه فذلك له إن لم يكن على العبد دين وإن كان صرف إلى غرمائه والفضل له؛ لأنه كسب عبده وأفاد قوله استأجر عبدا أن كلا منهما ذكر؛ لأنه لو استأجر أمة لا بد فيه من تفصيل أو استأجر المرأة ذكر لتخدمه لا بد فيه من تفصيل أو استأجرت حرا لا بد فيه من تفصيل، ولو أجر عبده سنة فأقام العبد بينة أن مولاه أعتقه قبل الإجارة فالأجرة للعبد.

ولو قال العبد أنا حر، وقد فسخت الإجارة فلم يقم بينة ودفعه القاضي إلى مولاه فأجبر على العمل فأقام بينة أنه حر وأن المولى أعتقه قبل الإجارة فلا أجر للعبد؛ لأنه لو لم يقل فسخت كان الأجر للعبد، ولو كان غير بالغ وادعى العتق، وقد أخره، وقال فسخت، ثم عمل فالأجر للغلام. اهـ. مختصرا.

وفي التتارخانية ويكره للرجل أن يستأجر امرأة للخدمة حرة كانت أو أمة وإن كان له عيال فلا بأس بذلك إذا كان ثقة وبه يفتى، ولو استأجر الرجل امرأته للخدمة لا يجوز ولا أجر لها، ولو لغسل الثياب والخياطة يجوز، ولو استأجرت المرأة زوجها للخدمة لا يجوز ولا أجر عليها لو خدم، ولو استأجر أباه للخدمة لا يجوز ولا أجر له لا فرق بين الكافر والمسلم، ولو استأجر أباه لرعي غنمه يجوز، ولو استأجر أمه أو جدته للخدمة لا يجوز، ولو خدم فله المسمى، ولو استأجر عمه وهو أكبر منه أو أخاه وهو أكبر منه لا يجوز، وفي فتاوى الفضلي لا يجوز إجارة المسلم نفسه من كافر في الخدمة وفيما غير الخدمة يجوز، وذكر في صلح الأصل ادعى على آخر دارا فصالحه على خدمة عبده سنة كان له أن يخرج بالعبد إلى أهله قال شمس الأئمة الحلواني لم يرد بإخراجه إلى أهله السفر وإنما أراد القرية وأفنية المصر، وقال شمس الأئمة السرخسي له في مسألة الصلح أن يسافر بخلاف مسألة الإجارة اهـ. ويطلب الفرق.

قال – رحمه الله – (ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور عليه أجرا دفعه لعمله) يعني لو استأجر رجل عبدا محجورا عليه من

نفسه فعمل وأعطاه الأجر ليس للمستأجر أن يأخذ منه، والقياس له أن يأخذه منه؛ لأن عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر؛ لأنه بالاستعمال صار غاصبا له ولهذا يجب عليه ضمان قيمته إذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فله أن يسترده قياسا وفي الاستحسان لا يسترد؛ لأن التصرف من العبد في هذه الحالة نافع على تقدير السلامة صار على تقدير الهلاك والنافع مأذون فيه فيملكه العبد فيخرج الأجر عن ملكه فبعدما سلم تمحض نفعا في حق المولى؛ لأنه إذا جاز تحصل للمولى الأجر، ولو لم يجز ضاعت منافع العبد فتعين القول بالجواز وصح قبض العبد الأجرة فلا يسترد بخلاف ما إذا هلك العبد في حالة الاستعمال فإنه يجب على المستأجر قيمته، وإذا ضمن صار غاصبا من وقت الاستعمال." (١)

"بالسكوت بأن رأى عبده يبيع ويشتري) يثبت الإذن للعبد بسكوت المولى عندما يراه يبيع ويشتري ولم يتقدم قرينة بنفيه ولا فرق بين ذلك أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لغيره بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا وفاسدا كذا في الهداية وغيرها وقال قاضي خان في فتاويه إن رآه يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن إذنا وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوي عن أصحابنا أنه رضا ويبطل الرهن كذا نقله الإمام الزيلعي وظاهر كلامه أنه فهم المخالفة بين كلام الهداية وقاضي خان وليس كذلك فقول قاضي خان لا يصير إذنا أي في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت ويصير إذنا فيما بعده ويدل عليه ذكر المرتهن قال في البدائع: والإذن بطريق الدلالة كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري يصير مأذونا في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت وقال محمد - رحمه الله - وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري الخمر أو الخنزير فسكت يصير مأذونا في التجارة، وإن كان لا يجوز هذا الشراء فكذا هنا فكيف يجوز حمل كلام قاضي خان على خلاف ما ذكره محمد في الأصل وفي المحيط البرهاني قال محمد في الأصل إذا نظر الرجل إلى عبده وهو يبيع ويشتري ولم ينهه عن ذلك يصير العبد مأذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة، وإذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله يصير مأذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى وفي قاضي خان إذن الصغير في التجارة وأبوه يأبى صح إذن القاضي إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت لم يكن إذنا. اهـ.

فهم بعض أهل العصر أن سكوت القاضي إذا رأى عبده يبيع ويشتري لا يكون إذنا بخلاف سكوت المولى كما فهم الإمام الزيلعي كما تقدم وليس كذلك بل المراد لا يكون إذنا في الذي سكت عنده ويكون إذنا في الذي بعده كما تقدم ولو أمره المولى أن يبيع متاع غيره يصير مأذونا.

[رأى عبده يشتري شيئا ويبيع في حانوته فسكت]

ولو رأى عبده يشتري شيئا ويبيع في حانوته فسكت حتى باع متاعا كثيرا من ذلك كان إذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع ولو رأى المولى عبده يشتري شيئا بدراهم المولى أو دنانيره فلم ينهه يصير إذنا، فإن كان هذا لثمن من مال المولى كان للمولى أن يرده ولا يبطل البيع بالاسترداد ولو أن رجلا أجنبيا دفع إلى عبده مالا ليبيعه فباعه، والمولى يراه ولم ينهه كان

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٧/٨

إذنا ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع واختلفوا في عهدة البيع قيل يرجع إلى الآمر وقيل إلى العبد وفي المحيط، وإن لم يره المولى جاز البيع، والعهدة على صاحب المتاع؛ لأن عهدة العبد المحجور متى توكل عن غيره يكون على الموكل ولو اشترى عبدا على أنه بالخيار فرآه يتصرف فلم ينهه، فإن لحقه دين فهو نقض للبيع وإلا فلا، وإن تم البيع فهو محجور عليه، والفرق أن الإذن لا ينافي خيار البائع؛ لأن الإذن مع خيار البائع يجتمعان ويفترقان فمن باع عبدا مأذونا على أنه بالخيار بقي العبد مأذونا في مدة الخيار فلم يكن إذن البائع منافيا خياره فبقي خياره وأما الإذن مع خيار المشتري **لا يجتمعان**، فإن من اشترى مأذونا على أنه بالخيار بطل الإذن، وإن أذن المشتري بالخيار سقط خياره، وإن كان العبد اكتسب شيئا فهو للمشتري، فإن اكتسب بعد القبض طاب وقبل القبض يتصدق به قيل هذا قولهما وعند الإمام الكسب للبائع اهـ.

وقال الإمام الشافعي وزفر لا يثبت الإذن بسكوت المولى فيما ذكرنا؛ لأن السكوت يحتمل الرضا، والرد فلا يثبت بالشك كما لو رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه أو رأى القاضي الصبي، والمعتوه ولم يكن لهما ولي أو عبدهما وكذا إذا رأى العبد يتزوج أو الأمة تتزوج وكذا لو تلف مال غيره وهو ينظر لم يكن ذلك إذنا قلنا هذه التصرفات مبنية على عادات الناس وقد جرت العادة أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه ويؤيده، فإذا سكت دل على رضاه به وصار إذنا له لأجل دفع الضرر فصار كسكوت النبي - عليه الصلاة والسلام - عند أمر يعاينه وكسكوت البكر، والشفيع، والمولى العديم عندما يرى ماله يقسم بين الغانمين بخلاف ما إذا أكره؛ لأنا لو جعلناه إجازة حصل ضرر عظيم وبخلاف القاضي فإنه لا حق له في مالهما فلا يكون سكوته إذنا فلا بد من التصريح قال في العناية، فإن قيل عين هذا التصرف الذي يراه يبيع فيه غير صحيح فكيف يصح غيره أجيب بأن الضرر في التصرف الذي يراه يبيعه محقق بإزالة ملكه عن بائعه في الحال فلا يثبت وفي غيره ليس محققا؛ لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فصح فيه النهي قيدنا بقولنا ولم يتقدم قرينة تنفيه.

قال في." (١)

"كان عليه الأجر ولا يضمن قيمة الدابة.

استأجر دابة ليركبها إلى موضع كذا وركبها في المصر في حوائجه ولم يذهب إلى ذلك المكان فإنه يكون مخالفا ضامنا ولا أجر عليه من قاضي خان.

استأجر دابة ليركبها إلى بغداد فبدا للمستأجر أن لا يخرج فهذا عذر يعني في فسخ الإجارة وكذا لو بدا له في بعض الطريق فإن طلب منه الآجر نصف الأجر إن كان النصف الباقي من الطريق مثل الأول في الصعوبة والسهولة فله ذلك وإلا يقدر بقدره وبعد ذلك إن كان صاحب الدابة معه يدفع الدابة إليه فلو لم يدفع وركب حتى دخل المدينة فهلك ضمن وإن لم يكن صاحب الدابة معه هل يضمن بالركوب؟ قد ذكر في فصل الدواب من الخلاصة.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٩٩/٨

استأجرها ليركبها في المصر فذهب المالك إلى مصر آخر فأخرجها المستأجر إليه فهلكت في الطريق ضمن لصيرورته غاصبا بالإخراج استأجرها ليذهب إلى مكان كذا فذهب إلى غيره ضمن ولا أجر سلمت أو هلكت من البزازية.

المستأجر إذا ركب الدابة عند الرجوع فهلكت لم يضمن استحسانا ولو حمل عليها يضمن ولو جعل يسوقها ليردها فهلكت لا يضمن فإن بلغه أن صاحبها في موضع آخر فساقها إليه فعطبت فهو ضامن إذ عليه الرد إلى الموضع الذي استأجر فيه.

استأجر دابة ليحمل عليها حنطة من موضع إلى منزله يوما إلى الليل وكان يحمل الحنطة إلى منزله وكلما رجع كان يركبها فعطبت قال أبو بكر الرازي: يضمن؛ لأنه استأجرها للحمل دون الركوب فكان غاصبا في الركوب وقال الفقيه أبو الليث: في الاستحسان لا يضمن؛ لأن العادة جرت فيما بين الناس بذلك فصار كأنه مأذون في ذلك بطريق الدلالة وإن لم يأذن له بالإفصاح.

استأجر حمارا ليحمل عليه إلى المدينة فحمل عليه وسار به في طريق المدينة ثم تخلف عنه لحاجة البول أو الغائط أو لحديث مع غيره ولم يبعد عنه الحمار ولم يتوار عنه فضاع فلا ضمان عليه وإن توارى عنه ضمن لأنه تضييع.

استأجر حمارا ليذهب به إلى موضع معلوم فأخبر أن في الطريق لصوصا فلم يلتفت إلى ذلك فذهب فأخذه اللصوص وذهبوا بالحمار إن كان الناس يسلكون ذلك الطريق مع هذا الخبر بدوابهم وأموالهم فلا ضمان عليه وإلا ضمن من المشتمل عن الخلاصة.

زرع بين ثلاثة حصدوه فاستأجر أحدهم حمارا لينقل الحصائد فدفعه إلى شريكه لينقلها فهلك عنده وكان العرف بينهم أن يستأجره أحدهم ويستعمله هو أو شريكه لا يضمن المستأجر لأنه كمعير من شريكه وللمستأجر أن يعير فيما لا يتفاوت فيه الناس وحمل الحصائد مما لا يتفاوت فيه كذا في ضمان المكاري من الفصولين نقلا عن قاضي خان ثم قال: أقول على هذا يريد قوله للمستأجر أن يعير إلخ قوله وكان العرف بينهم كذا إلى آخره مستدرك لا حاجة إليه اهـ قلت: والأمر كما قال.

القروي استأجر حمارا ليحمل عليه برا إلى المدينة ففعل فوضع عليه في الرجوع قفيز ملح بلا إذن فمرض فمات ضمن لغصبه ولا أجر إذ لا يجتمعان قال صاحب الفصولين: إذا كان الحمل عليه في الرجوع متعارفا ينبغي أن لا يضمنه.

وفي الخلاصة استأجر حمارا ليحمل عليه اثني عشر وقرا من التراب إلى أرضه بدرهم وله في أرضه لبن." (١)

---

(١) مجمع الضمانات غانم بن محمد البغدادي ص/١٨

"وادعاه لنفسه وقيمة العبد يوم الجحود ألفان فمضت السنة وقيمة العبد ألف درهم ثم مات العبد في يد المستأجر وقيمته ألف روى هشام عن محمد أن عليه الأجر ويضمن قيمة العبد بعد سنة ولم يذكر هشام فيه خلافا وذكر القدوري عن أبي يوسف أن عليه الأجر فيما مضى قبل الجحود وليس عليه أجر ما بعده من قاضي خان.

وفي الخلاصة فإن قيل: كيف يجتمع عليه الأجر والضمان؟ قيل: **لا يجتمعان** هنا قال هشام: إنما لزمه الأجر هنا لأنه استعمله السنة كلها فلما مضت السنة كان عليه أن يرد بعدها فلما لم يفعل صار ضامنا لقيمته وقد كان لزمه الأجر قبل أن يضمن القيمة هذا تفسير هشام اهـ.

رجل له أجير غير مدرك ليس له أن يؤدبه إذا رأى منه بطالة إلا أن يكون أبوه أذن له في ذلك كذا في الفتاوى الصغرى قلت: فينبغي أن يضمن لو أدبه بغير إذن الأب ولو بالضرب المعتاد لو عطب وطعام العبد على المستأجر بخلاف علف الدابة ولهذا لو تركها بلا علف فماتت لا يضمن كما مر عن الأشباه.

[القسم الثاني في الأجير وفيه مقدمة وتسعة عشر نوعا]

[المقدمة في الكلام على الأجير المشترك والأجير الخاص]

(القسم الثاني في الأجير)

الأجير على نوعين: أجير مشترك وأجير خاص فالأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالقصار والصباغ فله أن يعمل للعامة ومن هذا يسمى مشتركا والمتاع أمانة في يده إن هلك بغير عمله لم يضمن ولا أجر له عند أبي حنيفة وعندهما إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب لا يضمن لهما أن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل بدونه فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كان التقصير من جهته وله أن العين أمانة في يده؛ لأن القبض بإذنه والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الأجر وقيل: قوله قول علي وقولهما قول عمرو لأجل اختلاف الصحابة اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف كما ذكره منلا خسرو وغيره.

وفي مشتمل الهداية وأئمة سمرقند كانوا يفتون بالصلح والشيخ ظهير الدين المرغيناني يفتي بقول أبي حنيفة.

قال صاحب العدة: فقلت له يوما من قال منهم يفتي بالصلح هل يوجب إجبار الخصم لو امتنع؟ قال: كنت أفتي بالصلح بالجبر في الابتداء فرجعت لهذا وفي فوائد صاحب المحيط أنه ينظر إن كان الأجير مصلحا لا يجب الضمان وإن بخلافه يجب الضمان كما هو مذهبهما وإن كان مستور الحال يؤمر بالصلح اهـ ما في المشتمل وإن شرط عليه الضمان إن كان الشرط فيما لا يمكنه الاحتراز عنه فلا يجوز بالإنفاق وإن كان فيما يمكن فعلى الخلاف وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم كذا في الإيضاح نقلا عن التبيين وفيه أيضا نقلا عن الخانية والمحيط أن الفتوى على قولهما سواء شرط الضمان عليهما أو لم يشرط قلت: وهو الذي اختاره صاحب الوقاية.

وفي الفصولين لو شرط الضمان عليه قيل: يضمنه وفاقا ولم يتعرض ابن نجيم للخلاف بل قال: يضمن في اشتراط الضمان عليه اتفاقا.

قلت: ولعله اختاره ثم عندهما إن شاء ضمنه معمولا وأعطاه الأجر وإن شاء ضمنه غير معمول ولا أجر له من الوجيز قلت: يعني إذا تلف بعد العمل." (١)

"شيئا حتى يأخذ الضمان من المستهلك فله ذلك.

وعن محمد لو أقرض المضارب رجلا فإن رجعت الدراهم إليها بعينها رجعت على المضاربة، وإن أخذ مثلها لا ترجع لأن الضمان قد استقر بهلاك عينها، وحكم المضاربة مع الضمان **لا يجتمعان**. وأما إذا هلك بعد التصرف بأن اشترى بألف المضاربة شيئا وقبضه، وهلك المال قبل نقد الثمن يرجع على رب المال بألف أخرى فيكون رأس المال ألفين، وكذلك لو ادعى المضارب أنه نقد الثمن، وأنكر البائع يرجع على رب المال بألف بخلاف الوكيل إذا أقر أنه نقد الألف للبائع وجحدها البائع غرمها الوكيل لأنه أقر باستيفاء ما وجب له على الموكل مرة لأن بالشراء وجب الثمن للوكيل على الموكل بخلاف المضارب لأن قبضه يكون بجهة الأمانة في كل مرة لا بجهة الاستيفاء لأنه لا يجب له على رب المال دين.

ولو اشترى شيئا للمضاربة أو استأجر دابة ليحمل عليها متاع المضاربة فضاع المال قبل النقد منه يرجع بذلك على رب المال ولو اشترى طعامه أو كسوته أو استأجر مركوبا فضاع المال لا يرجع بذلك على رب المال لأن المضارب فيما يشتري لنفسه عامل لنفسه فوجب ثمنه في ذمته إلا أن رب المال أذن له بقضائه من مال المضاربة تبرعا فيبطل ذلك بالهلاك، وفيما يشتري للمضاربة وكيل، وللوكيل أن يرجع بما لزمه على الموكل.

ولو خلط المضارب مال المضاربة بماله أو بمال غيره ليعمل بهما يضمن إلا إذا قال له اعمل فيه برأيك فله أن يخلطه بماله أو بمال غيره.

دفع إليه ألفا مضاربة بالنصف فاشترى بألف من ماله جارية ثم خلط الألفين ونقدهما لم يضمن. وإن هلك بعد الخلط قبل أن يدفع إلى البائع ضمن ألف المضاربة للبائع، ونصف الجارية على المضارب.

ولو قال المضارب ربحت ألفا ثم قال لم أربح إلا خمسمائة ضمن الخمسمائة المجحودة، ولا يضمن الباقي.

ولو قال المضارب لرب المال دفعت إليك رأس المال، والذي في يدي ربح ثم قال لم أدفع، ولكنه هلك فهو ضامن كالمودع إذا ادعى رد الوديعة ثم أقر أنه لم يرد، ولكنه هلك.

ولو اختلفا في الربح فقال رب المال شرطت الثلث، وادعى المضارب النصف ثم هلك المال فعليه ضمان السدس، وروى ابن سماعة عن أبي حنيفة إذا جحد المضارب ثم أقر بألف مضاربة يضمن المال، وإذا أقر بالمضاربة وبالربح ثم مات مجهلا

---

(١) مجمع الضمانات غانم بن محمد البغدادي ص/٢٧

فإنه يضمن رأس المال، ولا يضمن الربح لأن الدين لا يسقط بالجحود والتجهيل عن ذمة المديون إلا أنه تعذر لرب المال مطالبة المديون ما لم يقر الطالب أنه تبين للورثة بها المديون فكان التجهيل بمعنى التأجيل، والمضارب لا يضمن بالتأجيل فإن اشترى بها مع الجحود فهو مشتر لنفسه ولو اشترى بعد الإقرار يكون على المضاربة استحسانا كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق.

وعن محمد لو قال المضارب هذا الألف رأس المال، وهذه الخمسمائة ربح، وسكت ثم قال علي دين لفلان قبل قوله وقال الحسن عن أبي حنيفة إن وصل قبل، وإن فصل لا يقبل لأن الربح لا يكون إلا بعد قضاء الدين فيكون دعوى الدين رجوعا عما أقر به فلا يقبل إلا موصولا من الوجيز.

وإن كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلى ألفا، وربحت ألفا فقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب، وكان أبو حنيفة يقول أولا." (١)

"ونؤمن بك ونتوكل عليك ونثني عليك الخير كله نشكرك ولا نكفرك ونخلع ونترك من يفجرك الله إياك نعبد ولك نصلي ونسجد واليك نسعى ونحفد نرجو رحمتك ونخشى عذابك

من الذنب والإقلاع عنه في الحال والعزم على ترك العود في المستقبل تعظيما لأمر الله تعالى فإن تعلق به حق لآدمي فلا بد من مسامحته وإرضائه "ونؤمن" أي نصدق معتقدين بقلوبنا ناطقين بلساننا فقلنا آمنا "بك" وبما جاء من عندك وبملائكتك وكتبك ورسلك وباليوم الآخر وبالقدر خيره وشره "ونتوكل" أي نعتمد "عليك" بتفويض أمورنا إليك لعجزنا "ونثني عليك الخير كله" أي نمدحك بكل خير مقرين بجميع آلائك إفضالا منك "نشكرك" بصرف جميع ما أنعمت به من الجوارح إلى ما خلقته لأجله سبحانك لك الحمد لا نحصى ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك "ولا نكفرك" أي لا نجحد نعمة لك علينا ولا نضيفها إلى غيرك الكفر نقيض الشكر وأصله الستر يقال كفر النعمة إذا لم يشكرها كأنه سترها بجحد وقولهم كفرت فلانا على حذف مضاف والأصل كفرت نعمته ومنته ولا نكفرك "ونخلع" بثبوت حرف العطف أن نلقى ونطرح ونزيل ربقة الكفر من أعناقنا وربقة كل ما لا يرضيك يقال خلع الفرس رسنه ألقاه "ونترك" أي نفارق "من يفجرك" بجحده نعمتك وعبادته غيرك نتحاشى عنه وعن صفته بأن نفرضه عدما تنزيها لجنابك إذ كل ذرة في الوجود شاهدة بأنك المنعم المتفضل الموجود المستحق لجميع المحامد الفرد المعبود والمخالف لهذا هو الشقي المطرود "اللهم إياك نعبد" عود للثناء وتخصيص لذاته بالعبادة أي لا نعبد إلا إياك إذ تقديم المفعول للحصر "ولك نصلي" أفردت الصلاة بالذكر لشرفها بتضمنها جميع العبادات "ونسجد" تخصيص بعد تخصيص إذ هو أقرب حالات العبد من الرب المعبود "وإليك نسعى" هو إشارة إلى قوله في الحديث حكاية عنه تعالى: "من أتاني سعيا أتيته هرولة" والمعنى نجهد في العمل لتحصيل ما يقربنا إليك "ونحفد" نسرع في تحصيل عبادتك بنشاط لأن الحفد يعني السرعة ولذا سميت الخدم حفدة لسرعتهم في خدمة ساداتهم وهو بفتح النون

---

(١) مجمع الضمانات غانم بن محمد البغدادي ص/٣٠٩

ويجوز ضمها وبالحاء المهملة وكسر الفاء وبالدال المهملة يقال حفد وأحفد لغة فيه ولو أبدل الدال ذالا معجمة فسدت صلاته لأنه كلام أجنبي لا معنى له "نرجو" أي نؤمل "رحمتك" دوامها وإمدادها وسعة عطائك بالقيام لخدمتك والعمل في طاعتك وأنت كريم فلا تخيب راجيك "ونخشى عذابك" مع اجتنابنا ما نهيتنا عنه فلا نأمن مكرك فنحن بين الرجاء والخوف وهو إشارة إلى المذهب الحق فإن أمن المكر كفر كالقنوت من الرحمة وجمع بين الرجاء والخوف لأن شأن القادر أن يرجى نواله ويخاف نكاله وفي الحديث: "**لا يجتمعان** في قلب عبد مؤمن إلا أعطاه الله ما يرجو وأمنه مما يخاف" فلإنعامك علينا بالإيمان وتوفيقك للعمل بالأركان ممتثلين." (١)

"يفرق القاضي ويقول: قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب ولو لم يقل ذلك لا ينتفي النسب عنه؛ لأنه ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي النسب كما بعد موت الولد فإنه يفرق باللعان ولا ينتفي نسبه عنه.

وفي شرح الطحاوي ثم ولد الملاعنة بعدما قطع نسبه فجميع أحكام نسبه باق سوى الميراث والنفقة.

(فإن أكذب نفسه بعد ذلك) أي اللعان (حد) حد القذف لإقراره بوجوب الحد كما سيأتي في حد القذف فإن أكذب قبله ينظر فإن لم يطلقها قبل الإكذاب فكذلك، وإن أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد، ولا لعان أطلقه فشمل ما إذا اعترف به وما إذا أقيمت عليه بينة أنه أكذب نفسه وشمل الإكذاب صريحا وضمنا؛ ولهذا لو مات الولد المنفي عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويحد كما في البحر (وحل له) أي الزوج المحدود (أن يتزوجها) أي الزوجة الملاعنة بعد الإكذاب لارتفاع حكم اللعان بتكذيب نفسه وإطلاقه يشمل ما إذا حد أو لم يحد فتقييد الزيلعي الحل بالحد اتفاقي وكذا إذا كذبت نفسها فصدقته (خلافا لأبي يوسف) وزفر والأئمة الثلاثة لقوله – عليه الصلاة والسلام – «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» وجوابه ما داما متلاعنين كما يقال المصلي لا يتكلم أي ما دام مصليا.

(وكذا) يحل له أن يتزوجها (إن قذف غيرها) رجلا أو امرأة (فحد) حدا واحدا؛ لأن الحد يتداخل فبحد قذف غيرها سقط حد قذفها (أو زنت فحدت) أي زنت بعد التلاعن فحدت بأن كان التلاعن قبل الدخول فزنت بعد اللعان فكان حدها بالجلد دون الرجم؛ لأنها ليست بمحصنة؛ لأن من شرط إحصان الرجل الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد النكاح الصحيح قاله يعقوب باشا.

وقال الزيلعي قوله فحدت وقع اتفاقا؛ لأن زناها من غير حد يسقط إحصانها فلا حاجة إلى ذكره قال الفقيه المكي زنت بالتشديد أي نسبت غيرها إلى الزنا وهو القذف فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا فيزول الإشكال انتهى. لكن." (٢)

"منها بإناء عندهما، وهو قول الأئمة الثلاثة؛ لأنه المتعارف يقال شرب أهل بغداد من دجلة، والمراد الشرب بأي شيء كان وله أن حقيقة الشرب من دجلة بالكرع وهي مستعملة فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفا، وهذا بناء على أن الكلام إذا كان له حقيقة مستعملة ومجاز متعارف فالعمل بالحقيقة أولى عنده وعندهما العمل بعموم المجاز أولى وفي المجتبى

---

(١) مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح الشرنبلالي ص/١٤١

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ٤٥٩/١

وجنس هذه المسائل أصل حسن، وهو أنه متى عقد يمينه على شيء ليس حقيقة مستعملة وله مجاز متعارف يحمل على المجاز إجماعا كما إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة وإن كانت له حقيقة مستعملة يحمل على الحقيقة إجماعا كمن حلف لا يأكل لحما وإن كانت له حقيقة مستعملة ومجاز متعارف فعنده يحمل على الحقيقة وعندهما يحمل عليهما لا بطريق الجمع بين الحقيقة، والمجاز ولكن بمجاز يعم أفرادهما، وهو الأصح.

(وإن قال) لا يشرب (من ماء دجلة حنث بالإناء اتفاقا) ؛ لأن اليمين عقدت على الماء دون النهر وفيه إشارة إلى أنه إذا شرب من فوق رأسه الماء حنث وإلى أنه حلف على نهر بعينه فشرب من نهر أخذ منه كرعا أو اعترافا لم يحنث ولو حلف من ماء هذا النهر فشرب من نهر أخذ منه حنث.

وفي الشمني ولو حلف لا يشرب ماء فراتا أو من ماء فرات يحنث بكل ماء عذب في أي موضع كان.

(وكذا في الجب، والبئر) أي حلف لا يشرب من هذا الجب أو من هذه البئر يحنث بشربه بالإناء إجماعا؛ لأنه لا يمكن فيه الكرع فتعين المجاز وإن كان يمكن الكرع فعلى الخلاف ولو تكلف فشرب بالكرع فيما لا يمكن الكرع لا يحنث؛ لأن الحقيقة، والمجاز **لا يجتمعان**.

وفي الاختيار هذا في البئر وأما في الحب إن كان ملآنا يمكن الشرب منه لا يحنث إلا بالكرع عنده كما في النهر (وفي الإناء بعينه) أي لو حلف لا يشرب من هذا الإناء فهو على الشرب بعينه؛ لأنه المتعارف فيه (وإمكان البر) ورجاء الصدق عند الطرفين (شرط صحة) انعقاد (الحلف) المطلق، والمقيد سواء كان قسما أو غيره (خلافا لأبي يوسف) فإن اليمين عقد فلا بد له من محل ومحله عنده خبر في المستقبل سواء كان الحالف قادرا عليه أو لا كمسألة مس السماء وعندهما محل اليمين خبر في رجاء الصدق؛ لأن محل الشيء ما يكون قابلا لحكمه وحكم اليمين البر ولا يخفى أن أوائل الكتاب أولى بهذا الأصل.

(فمن حلف) بالله (ليشربن ماء هذا الكوز اليوم) أو أن أشربه اليوم فعبدي حر مثلا (ولا ماء فيه) سواء علم به أو لا كما في أكثر الكتب ويؤيده إطلاقه لكن الإسبيجابي قيده بعدم علمه بأن لا ماء فيه وأما إذا علم بأن لا ماء فيه يحنث بالاتفاق لتحقق العدم (أو) قد (كان) فيه (فصب) أو شرب غيره أو مات (قبل مضيه) أي مضي اليوم (لا يحنث) عند الطرفين؛ لأنه إذا لم يكن في الكوز ماء فالبر غير ممكن سواء ذكر اليوم أو لا وإن كان فيه ماء فإن ذكر اليوم فالبر إنما يجب عليه في الجزء الأخير من اليوم فإذا صب لم يكن البر متصورا فلا تنعقد اليمين.." (١)

"وكونهناميا في جميع الحول شرط (أو أصاب الزرع آفة) سماوية لا يمكن احترازها كغرق وحرق وشدة برد وقيدنا بسماوية لا يمكن احترازها لأنها إذا كانت غير سماوية ويمكن احترازها كأكل قردة وسباع ونحوهما أو هلك الخارج بعد الحصاد لا يسقط الخارج في الأصح كما في التنوير.

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ٥٦٤/١

وفي التبيين قالوا في الاصطلام إنما يسقط عنه إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الأرض ثانيا أما إذا بقي من المدة قدر ذلك فلا يسقط، والاصطلام أن يذهب كل الخارج أما إذا ذهب بعضه فإن بقي مقدار الخراج ومثله بأن بقي مقدار درهمين أو قفيزين يجب الخراج وإن بقي أقل من ذلك يجب نصفه (ويجب) خراج (إن عطلها) أي أرض الخراج (مالكها) وكان خراجها موظفا لوجود التمكن وهو الذي فوت الريع مع إمكان تحصيله هذا إذا تمكن المالك من الزراعة ولم يزرعها أما إذا عجز من الزراعة فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وإن شاء آجرها وأخذ الخراج من أجرتها وإن شاء زرعها بنفقة من بيت المال فيأخذ الخراج من نصيب صاحبها وإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج (ولا يتغير) خراجها (إن أسلم) مالكها (أو اشتراها مسلم) لما روي أن الصحابة – رضي الله تعالى عنهم – اشتروا الأرض الخراجية وأدوا الخراج (ولا عشر في خارج أرض الخراج) لأنها مع الخراج والعشر **لا يجتمعان**." (١)

"إلى أشرف الجوارح دليل على أنه أعظم الجرائم بعد الكفر، ثم أداء الشهادة إنما يجب إذ كان موضع الشاهد قريبا من موضع القضاء، وإن كان بعيدا بحيث لا يمكن أن يجيء إلى القاضي ويرجع بعده في يومه هذا إلى منزله لا يأثم بتركها، ولو كان شيخا كبيرا لا يقدر على المشي يجوز له الركوب على مركب المدعي، وإلا فلا.

وفي البحر: لو شهد عند الشاهد عدلان أن المدعي قبض دينه أو أن الزوج طلقها ثلاثا أو أن المشتري أعتق العبد أو أن الولي عفا عن القاتل لا يسعه أن يشهد بالدين والنكاح والبيع والقتل (إلا أن يقوم الحق بغيره) بأن يكون في الصك سواه ممن يقوم به الحق فحينئذ لا يفترض، لأن الحق لا يضيع بامتناعه ولأنها فرض كفاية.

، وفي الدرر، ثم إنه إنما يأثم إذا علم أن القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الأداء، وإن علم أن القاضي لا يقبل شهادته أو كانوا جماعة فأدى غيره – ممن تقبل شهادته فقبلت لا يأثم، وإن أدى غيره، ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد إذا كان ممن تقبل شهادته لأن امتناعه يؤدي إلى تضييع الحق، قال شيخ الإسلام لو أخر الشاهد الشهادة بعد الطلب بلا عذر ظاهر، ثم أدى لا تقبل لتمكن التهمة.

(وسترها) أي ستر الشهادة (في الحدود أفضل) من أدائها يعني أنه يخير بين أن يظهرها لما فيه من إزالة الفساد أو قلته وبين أن يسترها، وهو أحسن «لقوله – عليه الصلاة والسلام – للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك» .

وفي الحديث «من ستر على مسلم ستر الله تعالى عليه في الدنيا والآخرة» وقد صح أن النبي – عليه الصلاة والسلام – لقن المقر بالزناء لدرء الحد عنه فشهر وكفى به قدوة، وكذلك نقل عن الخلفاء الراشدين، وأما قوله تعالى ﴿ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة: ٢٨٣] فذلك في حقوق العباد، وفي البحر تفصيل، فليطالع.

(ويقول) الشاهد (في) شهادة (السرقة) أشهد أنه (أخذ) ماله لئلا يلزم ترك الواجب (لا سرق) للتحرز عن وجوب الحد

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ٦٦٨/١

وضياع المال، لأن القطع والضمان لا يجتمعان فاعتبر في السرقة الستر مع الشهادة.
وحكي أن هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء وفيهم أبو يوسف فادعى رجل على آخر أخذ ماله من بيته فأقر بالأخذ فسأل الفقهاء فأفتوا بقطع يده، فقال أبو يوسف: لا لأنه لم يقر بالسرقة، وإنما أقر بالأخذ، فادعى المدعي أنه سرق، فأقر بها فأفتوا بالقطع، وخالفهم أبو يوسف، فقالوا له: لم قال: لأنه لما أقر أولا بالأخذ ثبت الضمان عليه، وسقط القطع فلا يقبل إقراره بعده بما يسقط الضمان عنه فتعجبوا منه.

(وشرط للزناء أربعة رجال) من الشهود لقوله تعالى ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥] ولقوله تعالى ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ [النور: ٤] ولفظ أربعة نص في العدد والذكورة كما في البحر.
وأورد: إنكم لا تقولون بالمفهوم فمن أين لكم عدم جواز الأقل أجاب." (١)
"أي الكتاب (لموته) أي زيد أو غيبته فلا شيء له عند الشيخين (وقال محمد: له أجر ذهابه هنا) أي له الأجر للذهاب في نقل الكتاب؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه، وهو قطع المسافة؛ لأن الأجر مقابل لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته، ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب؛ لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه، وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم متعلق به، وقد نقضه فسقط الأجر هذا موافق لما في الهداية وشروحها ومخالف لما في المجمع وشرحه حيث صرح بأن أبا يوسف مع محمد لا مع الإمام لكن يمكن الحمل على اختلاف الروايتين.
(ولو تركه) أي الكتاب (هناك للورثة) ، وكذا إذا دفع إلى وصيه (فله أجر الذهاب إجماعا) ؛ لأنه أتى بأقصى ما في وسعه، وهذا إذا شرط المجيء وإلا وجب كل الأجرة لو ترك الكتاب ثمة كما في القهستاني وفيه إشارة إلى أنه لو وجده ولم يوصله إليه لم يجب له شيء من الأجر لانتفاء المعقود عليه، وهو الإيصال.

[باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز]
لما فرغ من ذكر الإجارة وشروطها ووقت استحقاق الأجر ذكر هنا ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز (وصح استئجار الدار والحانوت وإن) وصلية (لم يذكر ما يعمل فيه) أي في كل واحد منهما استحسانا؛ لأن العمل المتعارف في كل واحد منهما السكنى فينصرف العقد المطلق إليه، والقياس أن لا يجوز للجهالة كالأرض، والثياب، فإنهما مختلفان باختلاف العامل، والعمل فلا بد من البيان (وله) أي للمستأجر (أن يعمل كل شيء) من العمل؛ لأنها لا تختلف باختلاف المستعمل فله الوضوء، والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب المعتاد، والاستئجار بحائطه، والدق المعتاد اليسير وأن يدق فيه وتدا ويربط الدواب في موضع معتاد له ويسكنها من أحب سواء كان بإجارة أو غيرها وليس للأجير أن يدخل دابته الدار المستأجرة بعدما سكن المستأجر، وفيه إشارة إلى أنه لو قال عند العقد: استأجرت هذه الدار للسكنى ليس له أن يعمل فيها غير السكنى كما في القهستاني (سوى ما يوهن البناء كالحدادة، والقصارة، والطحن) من غير رضى المالك أو اشتراطه ذلك في

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ٢/١٨٦

عقد الإجارة؛ لأن هذه الأشياء توهن البناء، والمراد رحى الثور والماء لا رحى اليد، فإنه لا يمنع من النصب فيه ولو انهدم البناء بهذه الأشياء وجب عليه الضمان؛ لأنه متعد فيها ولا أجر عليه؛ لأن الضمان، والأجر **لا يجتمعان**، وإن لم ينهدم وجب عليه الأجر استحسانا، والقياس أن لا يجب، ولو اختلفا في اشتراط ذلك كان القول للمؤجر؛ لأنه لو أنكر الإجارة كان." (١)

"بين عقدين صحيحين مختلفين، والجهالة في العمل ترتفع عند المباشرة (خلافا لهما) أي قالا لا يجوز؛ لأن المعقود عليه واحد، والأجران مختلفان ولا يدري أيهما يجب فلا يجوز وبه قال زفر، والأئمة الثلاثة (، وكذا الخلاف) بين الإمام وصاحبيه.

(لو قال: إن ذهبت بهذه الدابة) الباء للتعدية (إلى الحيرة فبدرهم، وإن جاوزتها) أي الحيرة منتهيا (إلى القادسية فبدرهمين أو قال: إن حملت عليها إلى الحيرة كر شعير فبدرهم، وإن حملت كر بر فبدرهمين) فالعقد جائز فيها عند الإمام لما مر أنه خير بين عقدين صحيحين مختلفين كما في مسألة الخياطة الرومية، والفارسية، وعندهما لا يجوز وبه قال زفر، والأئمة الثلاثة؛ لأن المعقود عليه أحد الشيئين، وكذا الأجر وهو مجهول، والجهالة توجب الفساد.

(ولا) يجوز أن (يسافر) المستأجر (بعبد استأجره للخدمة بلا اشتراطه) أي بلا اشتراط السفر؛ لأن في خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق وعليه عرف الناس فانصرف إلى الحضر بخلاف العبد الموصى بخدمة حيث لا يتقيد بالحضر؛ لأن مؤنته عليه، ولم يوجد العرف في حقه إلا إذا شرط ذلك أو كان وقت الإجارة متهيئا للسفر وعرف بذلك فيجوز، ولو سافر المستأجر بالعبد المتأجر ضمن قيمته لمالكه إذا هلك؛ لأنه صار غاصبا ولا أجر عليه، وإن سلم؛ لأن الأجر، والضمان **لا يجتمعان**.

(ولو استأجر عبدا محجورا فعمل) العبد (وأخذ الأجر لا يسترده منه) أي لا يسترد المستأجر ما دفعه إليه لعمله من العبد المحجور؛ لأن هذه الإجارة بعد الفراغ صحيحة استحسانا؛ لأن الفساد لرعاية حق المولى فبعد الفراغ رعاية حقه في الصحة ووجوب الأجر له، والقياس أن يسترده لانعدام إذن المولى وقيام الحجر وهو قول الأئمة الثلاثة.
وفي شرح الكنز للعيني، وعليه أجر المثل، وكذا الحكم في الصبي المحجور عليه إذا آجر نفسه فالأجر له، ولو أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الإجارة ولا خيار للعبد فأجر ما مضى للسيد وأجر ما يستقبل للعبد، وإن آجره المولى ثم أعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار، فإن فسخ الإجارة فأجر ما مضى للمولى، وإن أجاز فأجر ما يستقبل للعبد، والقبض للمولى، وإذا هلك العبد المحجور في حالة الاستعمال تجب عليه قيمته، ولا يجب عليه الأجرة.
(ولو آجر العبد المغصوب نفسه) لآخر (فأكل غاصبه) أي العبد (أجره لا يضمنه) أي لا يضمن الغاصب ما أخذ من الأجر من يد العبد فأتلفه عند الإمام؛ لأن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز؛ لأن التقوم به وهذا غير محرز في حق

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ٢/٣٧٥

الغاصب؛ لأن العبد لا يحرز نفسه فكيف يحرز ما في يده كما لو آجره الغاصب فأخذ أجره فأتلف لا ضمان عليه بالاتفاق قبل رده على المغصوب منه أو تصدقه وهو أولى لتطرق خبث فيه (خلافا لهما) أي قالا يضمن؛ لأنه." (١)

"لما مر من انعدام السبب هذا إن أبقت في دار الإسلام ثم رجعت أما إن أبقت إلى دار الحرب ثم عادت إليه بوجه من الوجوه فكذلك عند الإمام وعندهما يجب عليه الاستبراء.

(ولا تكره الحيلة لإسقاطه) أي الاستبراء (عند أبي يوسف خلافا لمحمد) إذ عنده مكروهة (وأخذ بالأول) أي بعدم كراهة الحيلة (إن علم عدم الوطء من المالك الأول) في هذا الطهر (و) أخذ (بالثاني) أي بكراهة الحيلة (إن احتمل) الوطء منه. وفي الدرر وبه يفتى (والحيلة) في إسقاطه (إن لم تكن تحته) أي تحت المشتري (حرة أن يتزوجها) أي الأمة التي يريد شراءها من سيدها (ثم يشتريها) بعد تسليمها المولى إليه ذكر هذا القيد في الخانية ولا بد منه كي لا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح بالشراء فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء قيل لا يكفي القبض بل يشترط أن يطأ الزوج قبل الشراء لأن ملك النكاح لا يجتمع مع ملك اليمين فلا توجد الأمة عند الشراء منكوحة ولا معتدة فيجب الاستبراء لتحقق سببه وهو استحداث حل الوطء بملك اليمين أما إذا وطئها تصير معتدة فلا يجب الاستبراء.

(وإن كانت تحته حرة فأن يزوجها البائع) إلى شخص ممن يثق به (قبل البيع أو) يزوجها (المشتري) بشرط أن يكون أمرها بيدها (بعد البيع) أي بيع البائع منه (قبل القبض ثم يطلق الزوج) قبل الدخول (بعد الشراء والقبض) إن كان التزويج من البائع قبل البيع (أو بعد القبض) إن كان التزويج من المشتري بعد البيع قبل القبض يعني الحيلة أن ينكحها البائع قبل شراء المشتري رجلا عليه اعتماد أن يطلقها، ثم يشتري المشتري ثم يطلق الزوج فإنه لا يجب الاستبراء؛ لأنه اشترى منكوحة الغير ولا يحل وطؤها فلا استبراء فإذا طلقها الزوج قبل الدخول حل على المشتري وحينئذ لم يوجد حدوث الملك فلا استبراء أو ينكحها المشتري قبل القبض ذلك الرجل ثم يطلقها الزوج فإن الاستبراء يجب بعد القبض وحينئذ لا يحل الوطء فإذا حل بعد طلاق الزوج لم يوجد حدوث الملك.

(ومن ملك أمتين **لا يجتمعان**) والجملة صفة أمتين كما في الفرائد لكن في القهستاني والجملة حال لا صفة بحذف اللتين فإنه مما اختلف فيه ولم يجوزه البصرية (نكاحا) كأختين أو بنت وأمها نسبا أو رضاعا (فله) أي للمالك (وطء إحداهما فقط) لا وطؤهما (ودواعيه) أي دواعي وطء تلك الواحدة فقط دون وطء الأخرى ودواعيه كالتقبيل بشهوده والمس بها (فإن وطئهما أو فعل بهما شيئا من الدواعي حرم عليه." (٢)

"أشفق بنفسه من القاضي فكيف يعزله، وينبغي أن يفتى به لفساد قضاة الزمان كما في المنح فقد أفاد ترجيح عدم صحة العزل للوصي.

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ٢/٣٩٦

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ٢/٥٤٥

(وإن أوصى إلى اثنين لا ينفرد أحدهما) بالتصرف في مال الميت، وإن تصرف فيه فهو باطل وهذا عند الطرفين.
وقال أبو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولو أوصى إلى رجلين، ثم إن أحدهما تصرف في المال غير الأشياء المعدودة، ثم أجاز صاحبه فإنه يجوز ولا يحتاج إلى تجديد العقد كذا في الجوهرة ثم إن ما ذكره في الجوهرة من الأشياء المعدودة التي يجوز لأحد الوصيين الانفراد بالتصرف فيها ما استثناه بقوله (إلا بشراء كفن وتجهيز) فإنه لا يبتنى على الولاية، وربما يكون أحدهما غائبا ففي اشتراط اجتماعهما فساد الميت، ألا يرى أنه لو فعله عند الضرورة جيرانه جاز (وخصومة) في حقوقه؛ لأنهما **لا يجتمعان** عليها عادة ولو اجتمعا لا يتكلم إلا أحدهما غالبا على أنهما لو تكلما حال الخصومة معا ربما لم يفهم القاضي دعواهما لاختلاط كلام أحدهما بالآخر، ولهذا ينفرد بهما أحد الوكيلين أيضا (وقضاء دين) كان على الميت (وطلبه) أي الدين الذي له على الغير (وشراء حاجة الطفل) ؛ لأن في تأخيره خوف لحوق الضرر به كخوف الهلاك من الجوع والعري (وقبول الهبة له) أي للطفل فإنه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الأم، وكل من هو في يده (ورد وديعة معينة وتنفيذ وصية معينة وإعتاق عبد معين) لعدم الاحتياج إلى الرأي في ذلك كله بخلاف ما إذا لم تكن المذكورات معينة فربما احتيج فيها إلى الرأي فلا ينفرد أحدهما بذلك دون الآخر (ورد مغصوب) فيجوز لأحد الوصيين الانفراد برده دون الآخر، ولم يقيدوا المغصوب بكونه معينا ولم يبينوا السر في إطلاقه عن التقييد، ووجهه غير ظاهر فتأمل
(أو مشرى شراء فاسدا) فلكل واحد منهما أن ينفرد برده لما تقدم من عدم الاحتياج إلى الرأي (وجمع أموال ضائعة وحفظ المال) لأن في التأخير إلى اجتماعهما خوف الفوات (وبيع ما يخاف تلفه) إذ يسرع إليه الفساد ففي التأخير إلى الاجتماع ضرر بين هذا عند الطرفين (وعند أبي يوسف يجوز الانفراد) كل واحد منهما (مطلقا) ولا يختص الانفراد بالأشياء المعدودة؛ لأن الإيصاء من باب الولاية إذا ثبت لاثنين شرعا تثبت لكل واحد كاملا على الانفراد كالأخوين في ولاية الإنكاح فكذا إذا ثبتت شرطا، وهذا لأن الولاية لا تحتمل التجزؤ لأنها عبارة عن القدرة الشرعية، والقدرة لا تتجزأ ولهما أن سبب هذه الولاية التفويض فلا بد من مراعاة صفة التفويض والموصي إنما فوض الولاية إليهما معا وهذا الشرط مقيد فلم يثبت بدون ذلك الشرط فما رضي إلا برأي الاثنين، ورأي الواحد لا يكون كرأيهما بخلاف الأخوين في النكاح؛ لأن السبب ثمة الأخوة وهي قائمة بكل واحد منهما على الكمال." (١)

"أن ترجع رجع، وإن أسكت ففي الدين يرجع اتفاقا،
وفي الكفارة والزكاة لا يرجع على المذهب (كما صحت الاباحة) بشرط الشبع (في طعام الكفارات) سوى القتل (و) في (الفدية) لصوم وجناية حج، وجاز الجمع بين إباحة وتمليك (دون الصدقات والعشر) والضابط أن ما شرع بلفظ إطعام وطعام جاز فيه الاباحية، وما شرع بلفظ إيتاء وأداء شرط فيه التمليك.
(حرر عبدين عن ظهارين) من امرأة أو امرأتين (ولم يعين) واحدا بواحد (صح عنهما، ومثله) في الصحة (الصيام) أربعة أشهر (والاطعام) مائة وعشرين فقيرا لاتحاد الجنس، وبخلاف اختلافه، إلا أن ينوي بكل كلا فيصح (وإن حرر عنهما رقبة واحد (أو صام) عنهما (شهرين صح عن واحد) بتعيينه.

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ٧٢١/٢

وله وطئ التي كفر عنها دون الاخرى (وعن ظهار وقتل لا) يصح لما مر، ما لم يحرر كافرة فتصح عن الظهار استحسانا لعدم صلاحيتها للقتل.

(أطعم ستين مسكينا كلا صاعدا) بدفعة واحدة (عن ظهارين) كما مر (صح عن واحد) كذا في نسخ الشرح، ونسخ المتن لم يصح أي عنهما، خلافا لمحمد، ورجحه الكمال (وعن إفطار وظهار صح) عنهما اتفاقا، والاصل أن نية التعيين في الجنس المتحد سببه لغو، وفي المختلف سببه مفيد.

فروع: المعتبر في اليسار والاعسار وقت التكفير،

أطعم مائة وعشرين لم يجز إلا عن نصف الاطعام فيعيد على ستين منهم غداء أو عشاء ولو في يوم آخر للزوم العدد مع المقدار، ولم يجز إطعام فطيم ولا شبعان.

باب اللعان هو لغة: مصدر لاعن كقاتل، من اللعن: وهو الطرد والابعاد، سمي به لا بالغضب للعنه نفسه قبلها، والسبق من أسباب الترجيح.

وشرعا: (شهادات) أربعة كشهود الزنا (مؤكدات بالايمان مقرونة شهادته) باللعن وشهادتها بالغضب لانهن يكثر اللعن، فكان الغضب أردع لها (قائمة) شهاداته (مقام حد القذف في حقه وشهاداتها) (مقام حد الزنا في حقها) أي إذا تلاعنا سقط عنه حد القدف وعنها حد الزنا، لان الاستشهاد بالله مهلك كالحد بل أشد.

(وشرطه قيام الزوجية وكون النكاح صحيحا) لا فاسدا، (وسببه قذف الرجل زوجته قذفا

يوجب الحد في الاجنبية) خصت بذلك لانها هي المقذوفة فتتم لها شروط الاحصان.

وركنه شهادات مؤكدات باليمين واللعن.

(وحكمه حرمة الوطئ والاستمتاع بعد التلاعن ولو قبل التفريق بينهما) لحديث المتلاعنان لا يجتمعان أبدا (وأهله من هو أهل للشهادة) على المسلم.

(فمن قذف) بصريح الزنا

في دار الاسلام." (١)

"يكن فيه خوف فتنة انتهى.

وسئل شيخ الاسلام عن زوجين افترقا ولكل منهما ستون سنة وبينهما أولاد تتعذر عليهما

مفارقتهم فيسكنان في بيتهم ولا يجتمعان في فراش ولا يلتقيان التقاء الازواج هل لهما ذلك؟ قال: نعم، وأقره المصنف.

(أبانها أو مات عنها في سفر) ولو في مصر (وليس بينها) وبين مصرها مدة سفر رجعت ولو بين مصرها مدته وبين مقصدها أقل مضت (وإن كانت تلك) أي مدة السفر (من كل جانب) منهما ولا يعتبر ما في ميمنة وميسرة، فإن كانت في مفازة (خيرت) بين رجوع ومضى (معها ولي أو لا في الصورتين والعود أحمد) لتعد في منزل الزوج (و) لكن (إن مرت) بما يصلح

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار علاء الدين الحصكفي ص/٢٤١

الاقامة كما في البحر وغيره.
زاد في النهر: وبينه وبين مقصدها سفر (أو كانت في مصر) أو قرية تصلح للاقامة (تعتد ثمة) إن لم تجد محرما اتفاقا، وكذا إن وجدت عند الامام (ثم تخرج بمحرم) إن كان (وتنتقل المعتدة) المطلقة بالبادية.
فتح (مع أهل الكلام) في محفة أو خيمة مع زوجها (أو تضررت بالمكث في المكان) الذي طلقها فيه فله أن يتحول بها، وإلا لا،
وليس للزوج المسافرة بالمعتدة ولو عن رجعي.
بحر.
(ومطلقة الرجعي كالبائن) فيما مر (غير أنها تمنع من مفارقتة زوجها في) مدة (سفر) لقيام الزوجية، بخلاف المبانة كما مر.
فروع طلب من القاضي أن يسكنها بجواره لا يجيبه، وإنما نعتد في مسكن المفارقة.
ظهيرية.
قبلت ابن زوجها فلها السكنى لا النفقة.
التاترخانية.
لا تمنع معتدة نكاح فاسد من الخروج.
مجتبى.
قلت: مر عن البزازية خلافه، لكن في البدائع: لها منعها لتحصين مائه ككتابية ومجنونة وأم ولد أعتقها، فلتحفظ.
فصل في ثبوت النسب
(أكثر مدة الحمل سنتان) لخبر عائشة رضي الله عنها كما مر في الرضاع، وعن الائمة
الثلاثة أربع سنين (وأقلها ستة أشهر) إجماعا (فيثبت نسب) ولد (معتدة الرجعي) ولو بالاشهر لاياسها.
بدائع.
وفاسد النكاح في ذلك كصحيحه.
قهستاني (وإن ولدت لاكثر من سنتين) ولو لعشرين سنة فأكثر لاحتمال امتداد طهرها وعلوقها في العدة (ما لم تقر بمضي العدة) والمدة تحتمله (وكانت) الولادة (رجعة) لو (في الاثر منهما) أو لتمامهما لعلوقهما في العدة (لا في
الاقل) للشك وإن ثبت نسبه (كما) يثبت بلا دعوة احتياطا (في مبتوتة جاءت به لاقل منهما) من وقت الطلاق لجواز وجوده وقته ولم تقر بمضيها كما مر (ولو لتمامهما لا) يثبت النسب، وقيل يثبت لتصور العلق الطلاق، وزعم في الجوهرة أنه الصواب (إلا بدعوته) لانه التزمه، وهي شبهة عقد أيضا، وإلا إذا ولدت توأمين أحدهما لاقل من سنتين والآخر لآكثر، وإلا إذا ملكها فيثبت إن ولدته لاقل من سنة أشهر من يوم الشراء ولو لاكثر من سنتين من وقت الطلاق.
وكالطلاق سائر أسباب الفرقة.

بدائع.

لكن في القهستاني عن شرح الطحاوي أن الدعوة مشروطة في الولادة لاكثر منهما." [(١)]

"أي الحانوت والدار (كل ما أراد) فيتد ويربط دوابه ويكسر حطبه ويستنجي بجداره ويتخذ بالوعة إن لم تضر ويطحن برحى اليد وإن به ضر، به يفتى.

قنية (غير أنه لا يسكن)

بالبناء للفاعل أو المفعول (حدادا أو قصارا أو طحانا من غير رضا المالك أو اشتراطه) ذلك (في) عقد (الاجارة) لانه يوهن البناء فيتوقف على الرضا.

(وإن اختلفا في الاشتراط فالقول للمؤجر) كما لو أنكر أصل العقد (وإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر) لاثباتها الزيادة.

خلاصة.

وفيها استأجر للقصارة فله الحدادة إن اتحد ضررهما، ولو فعل ما ليس له لزمه الاجر، وإن انهدم به البناء ولا أجر لانهما **لا يجتمعان**.

(وله السكنى بنفسه وإسكان غيره بإجارة وغيرها) وكذا كل ما لا يختلف بالمستعمل يبطل التقييد لانه غير مفيد، بخلاف ما يختلف به كما سيجئ، ولو آجر بأكثر تصدق بالفضل إلا في مسألتين: إذا آجرها بخلاف الجنس أو أصلح فيها شيئا، ولو آجرها من المؤجر لا تصح وتنفسخ

الاجارة في الاصح.

بحر معزيا للجوهري، وسيجئ تصحيح خلافه، فتنبه.

(و) تصح إجارة (أرض للزراعة مع بيان ما يزرع فيها، أو قال على أن أزرع فيها ما أشاء) كي لا تقع المنازعة، وإلا فهي فاسدة للجهالة وتنقلب صحيحة بزرعها ويجب المسى.

وللمستأجر الشرب والطريق، ويزرع زرعين: ربيعا، وخريفا، ولو لم يمكنه الزراعة للحال لاحتياجها لسقي أو كرى: إن أمكنه الزراعة في مدة العقد جاز، وإلا لا.

وتمامه في القنية.

(آجرها وهي مشغولة بزرع غيره، إن كان الزرع بحق لا تجوز) الاجارة، لكن لو حصده وسلمها انقلبت جائزة (ما لم يستحصد الزرع) فيجوز ويؤمر بالحصاد والتسليم، به يفتى.

بزازية (إلا أن يؤاجرها مضافة) إلى المستقبل فتصح مطلقا (وإن) كان الزرع (بغير حق صحت) لامكان التسليم بجبره على قلعه أدرك أو لا.

فتاوى قارئ الهداية.

وفي الوهبانية: تصح إجارة الدار المشغولة: يعني ويؤمر بالتفريغ، وابتداء المدة من حين تسليمها.

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار علاء الدين الحصكفي ص/٢٥١

وفي الاشباه: استأجر مشغولا وفارغا صح في الفارغ فقط، وسيجئ في المفترقات.

(و) تصح إجارة أرض (للبناء والغرس) وسائر الانتفاعات كطبخ آجر وخزف ومقيلا ومراحا حتى تلزم الاجرة بالتسليم أمكن زراعتها أم لا.

بحر (فإن مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة) لعدم نهايتهما (إلا أن يغرم له المؤجر قيمته) أي البناء والغرس (مقلوعا) بأن تقوم الارض بهما وبدونهما فيضمن ما بينهما.

اختيار (ويتملكه) بالنصب عطفا على يغرم لان فيه نظرا لهما.

قال في البحر: وهذا الاستثناء من لزوم القلع على المستأجر، فأفاد أنه لا يلزمه القلع لو رضي المؤجر بدفع القيمة، لكن إن كانت تنقص بتملكها جبرا على المستأجر وإلا فبرضاه (أو يرضى) المؤجر عطفا على يغرم (بتركه) أي البناء والغرس (فيكون البناء والغرس لهذا والارض لهذا) وهذا الترك إن بأجر فإجارة وإلا فإعارة، فلهما." [١]

"وعطبت الداب يضمن النصف) ولا اعتبار للثقل لان الآدمي غير موزون، وهذا (إن كانت) الدابة (تطيق حمل الاثنين وإلا فالكل) بكل حال (كما لو حمله) الراكب (على عاتقه) فإنه يضمن الكل (وإن كانت تطيق حملهما) لكونه في مكان واحد (وإن كان) الرديف (صغيرا لا يستمسك يضمن بقدر ثقله) كحمله شيئا آخر ولو من ملك صاحبها كولد الناقة لعدم الاذن، وليس المراد أن الرجل يوزن بل أن يسأل أهل الخبرة كم يزيد، ولو ركب على موضع الحمل ضمن الكل لما مر، وكذا لو لبس ثيابا كثيرة، ولو ما يلبسه الناس ضمن بقدر ما زاد.

مجتبى.

(وإذا هلكت بعد بلوغ المقصد وجب جميع الاجر) لركوبه بنفسه (مع التضمين) أي لنصف القيمة لركوب غيره، ثم إن ضمن الراكب لا يرجع، وإن ضمن الرديف رجع لو مستأجرا من

المستأجر وإلا لا، قيد بكونها عطبت لانها لو سلمت لزم المسمى فقط وبكونه أردفه، لانه لو

أقعده في السرج صار غاصبا فلا أجر عليه.

بحر عن الغاية لكن في السراج عن المشكل ما يخالفه، فليتأمل عند الفتوى.

وكيف في الاشباه وغيرها أن الاجر والضمان **لا يجتمعان**.

(وإذا استأجرها ليحمل عليها مقدارا فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) وهذا إذا حملها المستأجر (فإن حملها صاحبها) بيده (وحده فلا ضمان على المستأجر) لانه هو المباشر.

عمادية (وإن حملا) الحمل (معا) ووضعاه عليها (وجب النصف على المستأجر) بفعله وهدر فعل ربها.

مجتبى.

(ولو) كان البر مثلا في جولقين ف (حمل في كل واحد) منهما (جولقا) أي وعاء كعدل مثلا

(وحده) ووضعاه عليها معا أو متعاقبا (لا ضمان على المستأجر) ويجعل حمل المستأجر ما كان مستحقا بالعقد غاية،

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار علاء الدين الحصكفي ص/٥٧٤

ومفاده أنه لا ضمان على المستأجر سواء تقدم أو تأخر وهو الوجه، ومن ثم عولنا عليه على خلاف ما في الخلاصة.
كذا في شرح المصنف.
قلت: وما في الخلاصة هو ما يوجد في بعض نسخ المتن من قوله (وكذا لا ضمان لو حمل المستأجر أولا ثم رب الدابة، وإن حملها ربها أولا ثم المستأجر ضمن نصف القيمة) تنتهي فتنبه (وهذا) أي ما مر من الحكم (إذا كانت الدابة) المستأجرة (تطيق مثله، أما إذا كانت لا تطيق فجميع القيمة لازم) على المستأجر زيلعي (ويجب عليه كل الاجر) للحمل، والضمان للزيادة غاية، وأفاد بالزيادة أنها من جنس المسى، فلو من غيره ضمن الكل، كما لو حمل المسى وحده ثم حمل عليها الزيادة وحذها.
بحر.
قال: ولم يتعرضوا للاجر إذا سلمت لظهور وجوب المسمى فقط وإن حمله المستأجر، لان منافع الغصب لا تضمن عندنا، ومن علم حكم المكاري في طريق مكة.
(وضمن بضربها وكبحها) بلجامها لتقييد الاذن بالسلام، حتى لو هلك الصغير بضرب الاب أو الوصي للتأديب ضمن لوقوعه بزجر تعريك.
وقالا: لا يضمنان بالمتعارف وفي الغاية عن التتمة: الاصح رجوع الامام." (١)
"تمام العقد.
قلت: فلو حذف قوله فمضى الاجل كقاضيخان في شرح الجامع لكان أولى (وإن استأجر حمارا إلى بغداد ولم يسم حمله فحمله المعتاد فهلك) الحمار (لم يضمن) لفساد الاجارة، فالعين أمانة كما في الصحيحة (فإن بلغ فله المسمى) لم مر في الزراعة (فإن تنازعا قبل الزرع) في مسألة الزراعة (أو الحمل) في مسألتنا (فسخت الاجارة دفعا للفساد) لقيامه بعد.
(استأجر دابة ثم جحد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الانكار، ولا يجب لما بعده) عند أبي يوسف: لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان **لا يجتمعان**، وعند محمد: يجب المسمى.
درر.
وكأنه لا قول للامام.
وفي الاشباه: قصر الثوب المجحود، فإنه قبله فله الاجر، وإلا لا، وكذا الصباغ والنساج.
(إجارة المنفعة بالمنفعة تجوز إذا اختلفا) جنسا كاستئجار سكنى دار بزراعة أرض (وإذا اتحدا لا) تجوز كإجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب ونحو ذلك، لما تقرر أن الجنس بانفراده يحرم النساء فيجب أجر المثل باستيفاء النفع كما مر لفساد العقد.
(استأجره ليصيد له أو يحتطب له، فإن) وقت لذلك (وقتا جاز) ذلك (وإلا لا) فلو لم يوقت وعين الحطب فسد (إلا إذا

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار علاء الدين الحصكفي ص/٥٧٦

عين الحطب وهو) أي الحطب (ملكه فيجوز) مجتبى، وبه يفتى.
صيرفية.
فروع: استأجر امرأته لتخبز له خبزا للأكل لم يجز، وللبيع جاز.
صيرفية.
أجرت دارها لزوجها فسكناها فلا أجر.
أشباه وخانية.
قلت: لكن في حاشيتها تنوير البصائر عن المضمرات معزيا للكبرى: قال قاضيخان: هنا الفتوى على الصحة لتبعيتها له في السكنى فليحفظ.
وجاز إجارة الماشطة لتزين العروس إن ذكر العمل
والمدة.
بزازية.
وجاز إجارة القناة والنهر مع الماء، به يفتى لعموم البلوى مضمرات اه.

باب ضمان الاجير
(الاجراء على ضربين: مشترك، وخاص.
فالاول من يعمل لا لواحد) كالخياط ونحوه (أو يعمل له عملا غير موقت) كأن استأجره للخياطة في بيته غير مقيدة بمدة كان أجيرا مشتركا وإن لم يعمل لغيره (أو موقتا بلا تخصيص) كأن استأجره ليرعى غنمه شهرا بدرهم كان مشتركا، إلا أن يقول: ولا ترعى غنم غيري، وسيتضح.
وفي جواهر الفتاوى: استأجر حائكا لينسج ثوبا ثم آجر الحائك نفسه من آخر للنسج صح كلا العقدين لان المعقود عليه العمل لا المنفعة (ولا يستحق المشترك الاجر حتى يعمل كالقصار ونحوه) كفتال وحمال ودلال وملاح، وله خيار الرؤية في كل عمل يختلف باختلاف المحل، مجتبى
(ولا يضمن ما هلك في يده وإن شرط عليه الضمان) لان شرط الضمان في الامانة باطل كالمودع (وبه يفتى) كما في عامة المعتبرات، وبه جزم أصحاب المتون." (١)

"يضمن ما هلك في يده أو بعمله) كتخريق الثوب من دقه إلا إذا تعدم الفساد فيضمن كالمودع.
ثم فرع على هذا الاصل بقوله (فلا ضمان على ظئر في صبي ضاع في يدها أو سرق ما عليه) من الحلي لكونها أجير واحد، وكذا لا ضمان على حارس السوق وحافظ الخان (
وصح ترديد الاجر بالترديد في العمل) كأن خطته فارسيا بدرهم أو روميا بدرهمين (وزمانه في الاول) كذا بخط المصنف

---
(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار علاء الدين الحصكفي ص/٥٨٢

ملحقا ولم يشرحه وسيتضح.

قال شيخنا الرملي: ومعناه يجوز في اليوم الاول دون الثاني، كإن خطته اليوم فبدرهم أو غدا فبنصفه؟ ومكانه كإن سكنت هذه الدار فبدرهم أو هذه فبدرهمين (والعامل) كإن سكنت عطارا فبدرهم أو حدادا فبدرهمين (والمسافة) كإن ذهبت للكوفة فبدرهم أو للبصرة فبدرهمين (والحمل) كإن حملت شعيرا فبدرهم أو برا فبدرهمين، وكذا لو خيره بين ثلاثة أشياء، ولو بين أربعة لم يجز كما في البيع، ويجب أجر ما وجد إلا في تخيير الزمان فيجب بخياطته في الاول ما سمى، وفي الغد أجر المثل لا يزاد على

درهم ولو خاطه بعد غد لا يزاد على نصف درهم، وفيه خلافهما (بنى المستأجر تنورا أو دكانا)

عبارة الدرر: أو كانونا (في الدار المستأجرة فاحترق بعض بيوت الجيران أو الدار لا ضمان عليه مطلقا) سواء بنى بإذن رب الدار أو لا (إلا أن يجاوز ما يصنعه الناس) في وضعه وإيقاد نار لا يوقد مثلها في التنور والكانون.

(استأجر حمارا، فضل عن الطريق، إن علم أنه لا يجده بعد الطلب لا يضمن، كذا راع ند من قطيعه شاة فخاف على الباقي) الهلاك (إن تبعها) لانه إنما ترك الحفظ بعذر فلا يضمن.

كدفع الوديعة حال الغرق.

وقالا: إن كان الراعي مشتركا ضمن، ولو خلط الغنم إن أمكنه التمييز لا يضمن، والقول له في تعيين الدواب أنها لفلان، إن لم يمكنه ضمن قيمتها يوم الخلط والقول له في قدر القيمة.

عمادية.

وليس للراعي أن ينزي على شئ منها بلا إذن ربها، فإن فعل فعطبت ضمن، وإن نزى بلا فعله فلا ضمان، جوهرة.

(ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة) لمشقته (إذ بشرط) لان الشرط أملك

عليك أم لك وكذا لو عرف بالسفر لان المعروف كالمشروط (بخلاف العبد الموصى بخدمته فإن له أن يسافر به مطلقا) لان مؤنته عليه (ولو سافر) المستأجر (به فهلك ضمن) قيمته لانه غاصب (ولا أجر عليه وإن سلم) لان الاجر والضمان **لا يجتمعان**.

وعند الشافعي: له أجر المثل.

(ولا يسترد مستأجر من عبد) أو صبي (محجور) أجرا دفعه إليه (ل) أجل (عمله) لعودها بعد الفراغ صحيحة استحسانا (ولا يضمن غاصب عبد ما أكل) الغاصب (من أجره) الذي آجر العبد نفسه به لعدم تقومه عند أبي حنيفة (كما) لا يضمن إتفاقا (لو آجره لغاصب) لان لاجر له لا لمالكه (وجاز للعبد قبضها) لو آجر نفسه لا لو آجره المولى إلا بوكالة لانه لعاقد.

عناية (فلو وجدها مولاه) قائمة (في يده أخذها) لبقاء ملكه كمسروق بعد القطع.

(استأجر عبدا شهرين: شهرا بأربعة، وشهرا بخمسة صح) على الترتيب المذكور." (١)

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار علاء الدين الحصكفي ص/٥٨٤

"تحيض استبرأها بشهرين وخمسة أيام عند محمد، وبه يفتى.
والمستحاضة يدعها من أول الشهر عشرة أيام.
برجندي وغيره، فليحفظ (ويوضع الحمل في الحامل ولا يعتد بحيضة ملكها فيها ولا التي) بعد الملك (قبل قبضها ولا بولادة حصلت كذلك) أي بعد ملكها قبل قبضها (كما لا يعتد بالحاصل من ذلك) أي من حيضة ونحوها بعد البيع (قبل إجازة بيع فضولي وإن كانت في يد المشتري ولا) يعتد أيضا (بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها) شراء (صحيحا) لانتفاء الملك (ويجب بشراء نصيب شريكه) من أمة مشتركة بينهما لتمام ملكه الآن (ويجتزى بحيضة حاضتها وهي مجوسية أو مكاتبة بأن) اشترى أمة مجوسية أو مسلمة و (كاتبها بعد الشراء) قبل استبراء فحاضت (ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد الملك) ولا يجب عند عود الآبقة: أي في دار
الاسلام.
خانية (ورد المغصوبة) أي إذا لم يصبها الغاصب.
خانية (والمستأجرة وفك المرهونة) لعدم استحداث الملك، ولو أقال البيع قبل القبض لا استبراء على البائع، كما لو باعها بخيار وقبضت ثم أبطله بخياره لعدم خروجها عن ملكه، وكذا لو با ع مدبرته أو أم ولده وقبضت إن لم يطأها المشتري، وكذا لو طلقها الزوج قبل الدخول إن كان زوجها بعد الاستبراء وإن قبله فالمختار وجوبه.
زيلعي.
قلت: وفي الجلالية: شرى معتدة الغير وقبضها ثم مضت عدتها لم يستبرئها لعدم حل وطئها للبائع وقت وجود السبب.
(ولا بأس بحلية إسقاط الاستبراء إذا علم أن البائع لم يقر بها في طهرها ذلك، وإلا لا) يفعلها، به يفتى (وهي إذا لم تكن تحته حرة) أو أربع إماء (أن ينكحها) ويقبضها (ثم يشتريها) فتحل له للحال لانه بالنكاح لا يجب، ثم إذا اشترى زوجته لا يجب أيضا.
ونثل في الدرر عن ظهير الدين اشتراط وطئه قبل الشراء وذكر وجهه (وإن تحته حرة) فالحلية (أن ينكحها البائع) أي يزوجها ممن يثق به كما سيجئ (قبل الشراء و) أن ينكحها (المشتري قبل قبضه) لها فلو بعده لم يسقط (من موثوق به) ليس تحته حرة (أو يزوجها بشرط أن يكون أمرها بيدها) أو بيده يطلقها متى شاء إن خاف أن لا يطلقها (ثم يشتري) الامة (ويقبض أو يقبض فيطلق الزوج) قبل الدخول بعد قبض المشتري فيسقط الاستبراء.
وقيل المسألة التي أخذ أبو يوسف عليها مائة ألف درهم أن زبيدة حلفت الرشيد أن لا يشتري عليها جارية ولا يستوهبها، فقال: يشتري نصفها ويوهب له نصفها.
ملتقط (أو يكاتبها) المشتري (بعد الشراء) والقبض كما يفيده إطلاقهم، وعليه فيطلب الفرق بين الكتابة والنكاح بعد القبض، وقد نقله المصنف عن شيخه بحثا كما سنذكره،
لكن في الشرنبلالية عن المواهب التصريح بتقييد الكتابة بكونها قبل القبض، فليحرر.
قلت: ثم وقفت على البرهان شرح مواهب الرحمن فلم أر القيد المذكور، فتدبر (ثم ينفسخ برضاها فيجوز له الوطئ بلا استبراء) لزوال ملكه بالكتابة ثم يجدده بالتعجيز، لكن لم يحدث ملك حقيقة فلم يوجب سبب الاستبراء، وهذه أسهل

الحيل.

تاترخانية (له أمتان) **لا يجتمعان** نكاحا (أختان) أم لا (قبلهما) فلو قبل أو وطئ إحداهما يحل له وطؤها وتقبيلها دون الاخرى (بشهوة) الشهوة في القبلة لا تعتبر بل في المس والنظر.." (١)

"أمن المكر كفر كالقنوت من الرحمة وجمع بين الرجاء والخوف لأن شأن القادر أن يرجى نواله ويخاف نكاله وفي الحديث "**لا يجتمعان** في قلب عبد مؤمن إلا أعطاه الله ما يرجو وأمنه مما يخاف" فلإنعامك علينا بالإيمان وتوفيقك للعمل بالأركان ممتثلين لأمرك مقتصرين على القلب واللسان إذ هو طمع الكاذبين ذوي البهتان نعتقد ونقول "إن عذاب الجد" أي الحق وهو بكسر الجيم اتفاقا بمعنى الحق وهو ثابت في مراسيل أبي داود فلا يلتفت لمن قال أنه لا يقول الجد "بالكفار ملحق" أي لاحق بهم بكسر الحاء أفصح وقيل بفتحها يعني أن الله سبحانه وتعالى ملحقه بهم ولما روى النسائي بإسناد حسن أن في حديث القنوت "وصلى الله على النبي" صلينا عليه صلى الله عليه "و" على "آله وسلم"كما

ـــــــ

معناه أنه يوصل إليه بسبب استرساله في المعاصي قال تعالى: ﴿فلا يأمن مكر الله إلا القوم الخاسرون﴾ قوله: "كالقنوط من الرحمة" أي اليأس منها والجزم بأنه من أهل العذاب فإنه يؤدي إلى تقليل العمل وإنكار الرحمة وفيه ما تقدم في الأمن قال تعالى: ﴿إنه لا ييأس من روح الله إلا القوم الكافرون﴾ قوله: "أني يرجى نواله" أي إنعامه ونكاله عقابه قوله: "**لا يجتمعان** الخ" قد علمت أن الرجاء لا يتحقق إلا مع الأعمال الصالحة وإلا فهو طمع قوله: "بالأركان" أي الأعضاء قوله: "ممتثلين لأمرك" حال مؤكدة قوله: "لا مقتصرين على القلب واللسان" بأن يرجو بقلبه أو ينطق بلسانه من غير عمل الأركان قوله: "ذوي البهتان" هو الكذب وفسره في القاموس بأن يقول على الشخص ما لم يفعل قوله: "نعتقد ونقول" معلول مؤخر عن علته وهو قوله فلإنعامك علينا بالإيمان ولا شك أن هذا الإعتقاد والقول علته الإنعام بالإيمان قوله: "بكسر الحاء" قالالنووي هذا هو المشهور وقالالجزري هكذا روينا قوله: "وقيل بفتحها" قاله ابن قتيبة وغيره ونص الجوهري على أنه صواب قوله: "وصلى الله على النبي" هذا هو الذي رواه النسائي فقط بدون وعلى آله وسلم كما يفهم من الشرح قوله: "صلينا" معلول لقوله ولما روى النسائي قوله: "وعلى آله وسلم" في الواقعات بعد ما ذكر اختيار الفقيه أبي الليث أنه يصلي قال والمستحب في كل دعاء أن يكون فيه الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم: "اللهم صل على محمد وعلى آل محمد" اه فهذا يفيد أن كيفية الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في القنوت بهذه الكيفية ويشهد له ما أخرجه النسائي بسند صحيح عن زيد بن خارجة قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف الصلاة عليك فقال: "صلوا علي واجتهدوا في الدعاء وقولوا اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وعنه صلى الله عليه وسلم الدعاء موقوف بين السماء والأرض لا يصعد حتى يصلى على فلا تجعلوني كغمر الراكب صلوا علي في أول الدعاء وأوسطه وآخره" ١.

ـــــــ

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار علاء الدين الحصكفي ص/٦٥٧

١ قوله والغمر بكسر الغين إلخ الذي في القاموس والصحاح أنه كصرد وأورد الحديث في اللسان مضبوطا هكذا فتنبه.." (١)

"مبتدأ (في مضروب كل) منهما (ومعموله ولو تبرا أو حليا مطلقا) مباح الاستعمال أو لا ولو للتجمل والنفقة؛ لأنهما خلقا أثمانا فيزكيهما كيف كانا (أو) في (عرض تجارة قيمته نصاب) الجملة صفة عرض وهو هنا ما ليس بنقد.

وأما عدم صحة النية في نحو الأرض الخراجية فلقيام المانع كما قدمنا لا لأن الأرض ليست من العرض فتنبه (من ذهب أو ورق) أي فضة مضروبة، فأفاد أن التقويم إنما يكون

ـــــــوإلا اعتبرت القيمة إجماعا كما علمت، وكان على الشارح أن يزيد ولا الأنفع نفيا لقول محمد - رحمه الله -. اهـ. ح.

(قوله مضروب كل منهما) أي ما جعل دراهم يتعامل بها أو دنانير ط (قوله: ومعموله) أي ما يعمل من نحو حلية سيف أو منطقة أو لجام أو سرج أو الكواكب في المصاحف والأواني وغيرها إذا كانت تخلص بالإذابة بحر (قوله: ولو تبرا) التبر: الذهب والفضة قبل أن يصاغا بحر عن ضياء الحلوم، ولذا قال ح: لا يصح الإتيان به هنا؛ لأنه لا يصدق عليه المضروب ولا المعمول، بل كان عليه أن يقول بعد قوله مطلقا وتبره، بخلاف عبارة الكنز حيث قال: يجب في مائتي درهم وعشرين دينارا ربع العشر ولو تبرا فإنه داخل فيما قبله (قوله: أو حليا) بضم الحاء وكسرها وتشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء وإسكان اللام: ما تتحلى به المرأة من ذهب أو فضة نهر قلت: ولا يتعين ضبط المتن بصيغة الجمع فإنه يحتمل المفرد بل هو الأنسب بقول الشارح مباح الاستعمال حيث ذكر الضمير، إلا أن يقال إنه عائد إلى المذكور من المعمول والحلي (قوله: أو لا) كخاتم الذهب للرجال والأواني مطلقا ولو من فضة (قوله: ولو للتجمل) أي التزين بهما في البيوت من غير استعمال ط (قوله والنفقة) فيه منافاة لقول ابن الملك: إذا كانت مشغولة بحوائجه فلا زكاة فيها كما قدمناه في أول كتاب الزكاة فارجع إليه ح (قوله: وهو هنا ما ليس بنقد) كذا فسره في المغرب، ونقله في البحر عن ضياء الحلوم.

وفي الدرر: العرض بسكون الراء متاع لا يدخله كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا كذا في الصحاح.

وأما بفتحها فمتاع الدنيا، ويتناول جميع الأموال، ولا وجه له هاهنا لجعله مقابلا للذهب والفضة اهـ أي مفتوح الراء غير مراد هنا لتناوله جميع الأموال مع أن النقدين غير داخلين فيه هنا بقرينة المقابلة، فيتعين إرادة ساكن الراء، لكن على ما في الصحاح يخرج عنه الدواب والمكيلات والموزونات مع أنها من عروض التجارة إذا نواها فيها فلذا قال الشارح: هو هنا ما ليس بنقد: أي أن المناسب للمراد هنا الاقتصار على تفسيره بذلك ليدخل فيه ما ذكر (قوله: وأما عدم صحة النية إلخ) جواب عما أورده الزيلعي من أن الأرض الخراجية لا يجب فيها الزكاة وإن نوى عند شرائها التجارة مع أنها من العروض، والجواب ما تقدم قبيل باب السائمة من قوله والأصل أن ما عدا الحجرين والسوائم إنما يزكى بنية التجارة بشرط عدم المانع المؤدي إلى الثني (قول لا؛ لأن الأرض إلخ) رد على ما في الدرر حيث أجاب عما أورده الزيلعي بأن الأرض ليست من

(١) حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح الطحطاوي ص/٣٨١

العرض بناء على ما نقله عن الصحاح.

قال في البحر: وهو مردود لما علمت من أن الصواب تفسيره هنا بما ليس بنقد اهـ.

وقد أورد الزيلعي أيضا ما إذا اشترى أرض عشر وزرعها أو اشترى بذرا للتجارة وزرعه فإنه يجب فيه العشر ولا تجب فيه الزكاة؛ لأنهما **لا يجتمعان**. اهـ. ويجاب عنه بما ذكره الشارح من قيام المانع.

وأجاب في الدرر وتبعه في البحر بأن عدم وجوب الزكاة في البذر إنما حدث بعد الزراعة وذلك لا يضر؛ لأن مجرد نية الخدمة إذا أسقط وجوب الزكاة في العبد المشتري للتجارة، كما مر فلأن يسقطه التصرف الأقوى من النية أولى. اهـ. (قوله: من ذهب أو ورق) بيان لقوله نصاب.

وأشار بأو إلى أنه مخير، إن شاء قومها بالفضة، وإن شاء بالذهب؛ لأن الثمنين في تقدير قيم الأشياء بهما سواء بحر، لكن التخيير ليس على إطلاقه كما يأتي (قوله: فأفاد) تفريع على تفسير الورق." (١)

"ولو تزوجت بعد مدة تحتمله ثم قالت لم تنقض عدتي، أو ما تزوجت بآخر لم تصدق لأن إقدامها على التزوج دليل الحل، وعن السرخسي لا يحل تزوجها حتى يستفسرها.

وفي البزازية: قالت طلقني ثلاثا ثم أرادت تزويج نفسها منه ليس لها ذلك أصرت عليه أم أكذبت نفسها.

(سمعت من زوجها أنه طلقها ولا تقدر على منعه من نفسها) إلا بقتله

ــــــــQواستشكل بأن إقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت مناقضة فينبغي أن لا تقبل منها، كما لو قالت بعد التزوج بها: كنت مجوسية، أو مرتدة، أو معتدة أو منكوحة الغير، أو كان العقد بغير شهود، ذكره في الجامع الكبير وغيره، بخلاف قولها لم تنقض عدتي ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الإشكال المذكور. قال في الفتاوى في باب الباء: لو قالت بعد ما تزوجها الأول ما تزوجت بآخر فقال الزوج الأول تزوجت بآخر ودخل بك لا تصدق المرأة اهـ ما في الفتح. أقول: قد يدفع الإشكال بأن المطلقة ثلاثا قام فيها المانع من إيراد العقد عليها ولا يزول إلا بعد وجود شرط الحل وذلك بأن تخبر بأنها تزوجت بعده بآخر ودخل بها وانقضت عدتها والمدة تحتمله، أو تخبر بأنها حلت له وهي عالمة بشرائط الحل على ما مر عن النهاية فحينئذ لا يقبل قولها للتناقض أما بدون ذلك فيقبل، ولا تناقض لاحتمال ظنها الحل بمجرد العقد ولأن إقدامها على العقد بدون تفسير لا يزول به المانع فلم يكن اعترافا، ولذا قال السرخسي: لا بد من استفسارها، ويؤيده ما مر عن الفضلي أيضا، وهذا بخلاف قولها: كنت مجوسية إلخ فإنها حين العقد لم يقم مانع من إيراد العقد عليها فصح العقد فلا يقبل إخبارها بما ينافيه لتناقضها، فإن مجرد إقدامها على العقد اعتراف بعدم مانع منه، فإذا ادعت ما ينافيه لم يقبل وما مر عن الفتاوى محمول على ما إذا تزوجها بعد ما فسرت توفيقا بين كلامهم. وفي البزازية: تزوجت المطلقة ثم قالت للثاني تزوجتني في العدة، إن كان بين النكاح والطلاق أقل من شهرين صدقت في قول الإمام وكان النكاح الثاني

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٢/٢٩٨

فاسدا، وإن أكثر لا وصح الثاني، والإقدام على النكاح إقرار بمضي العدة لأن العدة حق الأول، والنكاح حق الثاني، **ولا يجتمعان** فدل الإقدام على المضي، بخلاف المطلقة ثلاثا إذا تزوجت بالأول بعد مدة ثم قالت: بك تزوجت قبل النكاح الثاني حيث لا يكون إقدامها دليلا على إصابة الثاني ونكاحه. قالت المطلقة ثلاثا: تزوجت غيرك وتزوجها الأول ثم قالت: كنت كاذبة فيما قلت، لم أكن تزوجت؛ فإن لم تكن أقرت بدخول الثاني كان النكاح باطلا، وإن كانت أقرت به لم تصدق اهـ وهذا مؤيد لما قلنا من الفرقة والتوفيق، وبالله التوفيق، وبما قررناه ظهر لك ما في كلام الشارح والظاهر أنه تابع ما بحثه في الفتح.

(قوله: وفي البزازية إلخ) اقتصر على بعض عبارة البزازية تبعا للبحر وهو غير مرضي، وتمام عبارتها هكذا: ونص في الرضاع على أنها إذا قالت هذا ابني رضاعا وأصرت عليه له أن يتزوجها لأن الحرمة ليست إليها. الولوالجية وبه يفتى في جميع الوجوه اهـ ومقتضاه أن المفتى به أن لها أن تزوج نفسها منه هنا، وهذا ما قدمه الشارح في آخر الرضاع بقوله ومفاده إلخ وقدمنا أن ما ذكره الشارح هناك نقله في الخلاصة عن الصدر الشهيد بلفظ: وفيه دليل على أنها لو ادعت الطلقات الثلاث وأنكر الزوج حل لها أن تزوج نفسها منه. اهـ. وعلله في النهر بأن الطلاق في حقها مما يخفى لاستقلال الرجل به فصح رجوعها اهـ أي صح في الحكم، أما في الديانة لو كانت عالمة بالطلاق فلا يحل، وبما قررناه علمت أن ما قدمه الشارح منقول لا بحث منه فافهم.

(قوله: أنه طلقها) أي ثلاثا لأن ما دونها يمكن فيه تجديد العقد إلا إذا كان ينكر.." (1)

"لأن الاستشهاد بالله مهلك كالحد بل أشد. (وشرطه قيام الزوجية وكون النكاح صحيحا) لا فاسدا.

(وسببه قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد في الأجنبية) خصت بذلك لأنها هي المقذوفة فتتم لها شروط الإحصان. وركنه شهادات مؤكدات باليمين واللعن. .

(وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع بعد التلاعن ولو قبل التفريق بينهما) لحديث «المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا» .

(وأهله من هو أهل للشهادة) على المسلم -.

ـــــــــــــــBبيان لوجه قيام الشهادات من الجانبين مقام الحدين (قوله: مهلك) أي إذا كان كاذبا كما في التبيين ح (قوله: بل أشد) لأن إهلاك الحد دنيوي وإهلاك التجرؤ على اسم الله تعالى أخروي - ﴿ولعذاب الآخرة أشد﴾ [طه: ١٢٧]- (قوله: وشرطه قيام الزوجية) فلا لعان بقذف المنكوحة فاسدا، أو المبانة ولو بواحدة، بخلاف المطلقة رجعية، ولا بقذف زوجته الميتة.

---

(1) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣/٤٢٠

ويشترط أيضا: الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والنطق وعدم الحد في قذف، وهذه شروط راجعة إليهما. ويشترط في القاذف خاصة: عدم إقامة البينة على صدقه، وفي المقذوف خاصة إنكارها وجود الزنا منها، وعفتها عنه. ويشترط أيضا كون القذف بصريح الزنا، وكونه في دار الإسلام، هذا حاصل ما في البحر عن البدائع ونفي الولد بمنزلة صريح الزنا، ويأتي أكثر هذه الشروط في غضون كلامه.

(قوله: يوجب الحد في الأجنبية) أي بأن تكون محصنة (قوله: خصت بذلك) أي باشتراط كونها محصنة.
وحاصله كما في الفتح أن المرأة هي المقذوفة دونه، فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة، بخلافه فإنه ليس مقذوفا وهو شاهد، فاشترطت أهليته للشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه. اهـ. وفيه رد لما في النهاية من أن كونه محصنا شرط أيضا في اللعان، وقد خطأه الزيلعي وغيره (قوله: فتتم لها شروط الإحصان) الفاء فصيحة: أي فإذا كانت هي المقذوفة دونه فيشترط أن يتم لها شروط الإحصان الخمسة، وهي أن تكون عفيفة عن الزنا، عاقلة بالغة، حرة مسلمة (قوله: وركنه) يغني عنه ما ذكره في تعريفه ط.

(قوله: والاستمتاع) أي بالدواعي، ومن حكمه وجوب التفريق بينهما ووقوع البائن بهذا التفريق بحر ط (قوله: بعد التلاعن) أي ما دام حكمه باقيا، فلو خرجا، أو أحدهما عن أهلية اللعان له أن ينكحها كما يأتي، وعليه حمل الحديث المذكور. ولا ينافيه قوله أبدا كما في قوله تعالى – ﴿إنهم إن يظهروا عليكم يرجموكم أو يعيدوكم في ملتهم ولن تفلحوا إذا أبدا﴾ [الكهف: ٢٠]– أي ما دمتم في ملتهم كما في البدائع، وتمام الكلام على الحديث مبسوط في الفتح.

(قوله: من هو أهل للشهادة) أي لأدائها على المسلم لا لتحملها، فلا لعان بين كافرين وإن قبلت شهادة بعضهم على بعض عندنا، ولا بين مملوكين، ولا من أحدهما مملوك، أو صبي، أو مجنون، أو محدود في قذف، أو كافر، وصح بين الأعميين والفاسقين لأنهما أهل للأداء، إلا أنها لا تقبل للفسق ولعدم قدرة الأعمى على التمييز، وقد قبلت شهادته فيما يثبت بالتسامع كالموت والنكاح والنسب وتمامه في البحر والنهر، لكن قال في الدر المنتقى قلت: الأصل عدم القبول كما سيجيء، نعم عمم القهستاني الأهلية ولو بحكم القاضي لنفوذ القضاء بشهادتهما اهـ أي المراد النفوذ وإن لم يجز للقاضي فعله، لكن يرد عليه المحدود في القذف. قال ابن كمال باشا: وأما المحدود في القذف فلا يجوز القضاء بشهادته أصلا، نعم لو قضي بها ينفذ، لكن الكلام في الجواز فإنه أمر وراء النفاذ اهـ.
قلت: ويرد عليه الفاسق فإنه ينفذ القضاء بشهادته مع أنه لا يجوز، ولعل مراده بنفي الجواز نفي الصحة وبالنفاذ نفاذ الحكم بصحتها ممن يراها كشافعي. والفاسق يصح القضاء بشهادته، وكذا الأعمى على القول بصحتها فيما يثبت." (١)
"(ولو أخطأ الحاكم ففرق بينهما بعد وجود الأكثر من كل منهما صح ولو بعد الأقل) أي مرة، أو مرتين (لا) ولو فرق بعد لعانه قبل لعانها نفذ لأنه مجتهد فيه تتارخانية، وقيده في البحر بغير القاضي الحنفي، أما هو فلا ينفذ (وحرم وطؤها

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٤٨٣/٣

بعد اللعان قبل التفريق) لما مر ولها نفقة العدة.

(وإن قذف) الزوج (بولد) حي (نفى) الحاكم (نسبه) عن أبيه (وألحقه بأمه) بشرط صحة النكاح، وكون العلوق في حال يجري فيه اللعان حتى لو علق وهي أمة، أو كتابية فعتقت، أو أسلمت لا ينفى لعدم التلاعن، وأما شروط النفي فستة مبسوطة مذكورة في البدائع وسيجيء (وإن أكذب نفسه) .

ــــــــعزل الحاكم وموته. ولهما أن تمام الإمضاء في التفريق والإنهاء فلا يتناهى قبله فيجب الاستقبال كذا في الاختيار، ومفاده أنه لا تحصل حرمة الوطء قبل التفريق وسيأتي خلافه، ومفاده أيضا أنه لا بد من طلبها التلاعن عند الحاكم الثاني فليراجع (قوله: بعد وجود الأكثر) بأن التعن كل منهما ثلاث مرات (قوله: صح) أي التفريق وقد أخطأ السنة كاف (قوله: لأنه مجتهد فيه) فإن الإمام الشافعي – رحمه الله تعالى – قائل بوقوع الفرقة بلعان الزوج فقط، كذا في النهر ح.

قلت: وقدمنا في الخلع وفي أول الظهار معنى المجتهد فيه، وإذا فهمته تعلم أنه لا يثبت كونه مجتهدا فيه بمجرد وقوع الخلاف فيه بين المجتهدين (قوله: بغير القاضي الحنفي) المراد بغيره من يرى جوازه باجتهاد منه، أو بتقليد للمجتهد كشافعي (قوله: أما هو فلا ينفذ) أي بناء على المعتمد من أن القاضي ليس له الحكم بخلاف مذهبه، ولا سيما قضاة زماننا المأمورين بالحكم بأصح أقوال أبي حنيفة (قوله: وحرم وطؤها) أي ودواعيه كما مر ط (قوله: لما مر) أي من حديث «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا» ح (قوله: ولها) أي للملاعنة بعد التفريق ط (قوله: نفقة العدة) أي والسكنى، وإذا جاءت بولد إلى سنتين لزمه، وإن لم تكن عليها عدة لزمه إلى ستة أشهر كما في الكافي.

(قوله: حي) فلو نفاه بعد موته لاعن ولم يقطع نسبه، وكذا لو جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما، أو مات أحدهما قبل اللعان كما سيأتي (قوله: نفى نسبه) أي لا بد أن يقول: قطعت نسب هذا الولد عنه بعدما قال فرقت بينكما كما روي عن أبي يوسف. وفي المبسوط: هذا هو الصحيح لأنه ليس من ضرورة التفريق نفي النسب كما بعد الموت يفرق بينهما ولا ينتفي النسب بحر عن النهاية (قوله: وألحقه بأمه) هذا غير لازم في النفي، وإنما خرج مخرج التأكيد نهر عن النهاية (قوله: بشرط صحة النكاح) هذا الشرط والذي بعده زادهما في البحر على شروط النفي الستة المذكورة في البدائع، وإنما لم يعدهما الشارح مع الستة إشارة إلى أنهما ليسا شرطين للنفي أصالة، وإنما هما شرطان للعان كما أفاده في النهر فهما من شروط النفي بواسطة لكن الثاني يغني عن الأول تأمل (قوله: لعدم التلاعن) لأنه نفى نسبه مستندا إلى وقت العلوق وليست وقته من أهل اللعان، ولا ينتفي النسب بدون لعان (قوله: فستة) الأول التفريق. الثاني أن يكون عند الولادة، أو بعدها بيوم، أو يومين.

الثالث أن لا يتقدم منه إقرار به – ولو دلالة – كسكوته عند التهنئة مع عدم رده.

الرابع حياة الولد وقت التفريق.

الخامس أن لا تلد بعد التفريق ولدا آخر من بطن واحد.

السادس أن لا يكون محكوما بثبوته شرعا كأن ولدت ولدا فانقلب على رضيع فمات الرضيع وقضي بديته على عاقلة الأب

ثم نفى الأب نسبه يلاعن القاضي بينهما ولا يقطع نسب الولد لأن القضاء بالدية على عاقلة الأب قضاء بكون الولد منه، ولا ينقطع النسب بعده، وتمامه في البحر (قوله: وسيجيء) أي عند قوله: نفي الولد الحي إلخ لكن المذكور هناك أكثر الشروط لا كلها (قوله: وإن أكذب نفسه حد) أي إذا أكذبها بعد اللعان، فلو قبله ينظر، فإن لم يطلقها قبل الإكذاب فكذلك وإن أبانها ثم أكذب فلا حد ولا لعان زيلعي أي لأن اللعان لم يستقر بعد البينونة." (١)

"(ولا يتخير أحدهما) أي الزوجين (بعيب الآخر) فاحشا كجنون وجذام وبرص ورتق وقرن، وخالف الأئمة الثلاثة في الخمسة لو بالزوج، ولو قضي بالرد صح فتح. .

(ولو تراضيا) أي العنين وزوجته (على النكاح) ثانيا (بعد التفريق صح) وله شق رتق أمته وكذا زوجته، وهل تجبر؟ الظاهر: نعم، لأن التسليم الواجب عليها لا يمكنه بدونه نهر.

قلت: وأفاد البهنسي أنها لو تزوجته على أنه حر، أو سني، أو قادر على المهر والنفقة فبان بخلافه، أو على أنه فلان بن فلان فإذا هو لقيط، أو ابن زنا كان لها الخيار فليحفظ.

ــــــهولا يعجز عن غيرها. اهـ. ح. واستظهر الرحمتي ما في الخانية بأن عجزه عن الوصول إلى الأولى قد يكون لسحره عنها فقط.

قلت: ووجه المفتى به أنه بعد علمها بتحقق عجزه وعدم علمها بأن عجزه مختص بالأولى تكون راضية به، وطمعها في وصوله إليها يؤكد رضاها به (قوله: ولا يتخير إلخ) أي ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وأبي زياد وأبي قلابة وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري وأتباعه. وفي المبسوط أنه مذهب علي وابن مسعود – رضي الله تعالى عنهم – فتح (قوله: وجذام) هو داء يتشقق به الجلد وينتن ويقطع اللحم قهستاني عن الطلبة (قوله: وبرص) هو بياض في ظاهر الجلد يتشاءم به قهستاني (قوله: ورتق) بالتحريك: انسداد مدخل الذكر كما أفاده في المصباح (قوله: وقرن) كفلس: لحم ينبت في مدخل الذكر كالغدة، وقد يكون عظما مصباح. ونقل الخير الرملي عن شرح الروض للقاضي زكريا أن الفتح على إرادة المصدر، والإسكان على إرادة الاسم، إلا أن الفتح أرجح لكونه موافقا لباقي العيوب فإنها كلها مصادر، هذا هو الصواب. وأما إنكار بعضهم على الفقهاء فتحه، وتلحينه إياهم فليس كما ذكر اهـ (قوله: لو بالزوج) في العبارة خلل فإنها تقتضي عدم خيار الزوج عندهم إذا كانت هذه الخمسة في الزوجة والواقع خلافه. والظاهر أن أصلها: وخالف الأئمة الثلاثة في الخمسة مطلقا ومحمد في الثلاثة الأول لو بالزوج كما يفهم من البحر وغيره. اهـ. ح.

قلت: وفي نسخة: وعند محمد لو بالزوج، لكن يرد عليها أن الرتق والقرن لا يوجدان بالزوج. هذا، وقد تكفل في الفتح برد ما استدل به الأئمة الثلاثة ومحمد بما لا مزيد عليه (قوله: ولو قضي بالرد صح) أي لو قضى به حاكم يراه فأفاد أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد، وهذه المسألة ذكرها في البحر ولم أرها في الفتح (قوله: صح) إلا رواية عن أحمد أنهما **لا يجتمعان**

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٤٨٩/٣

كتفرقة اللعان، وهذا باطل لا أصل له بحر عن المعراج.

(قوله: وكذا زوجته) أي له شق رتقها، لكن هذه العبارة غير منقولة وإنما المنقول قولهم في تعليل عدم الخيار بعيب الرتق لإمكان شقه، وهذا يدل على أن له ذلك ولذا قال في البحر بعد نقله التعليل المذكور، ولكن ما رأيت هل يشق جبرا أم لا (قوله: لأن التسليم الواجب إلخ) فيه أنه لا يلزم من وجوبه ارتكاب هذه المشقة، فقد سقط القيام في الصلاة للمشقة وسقط الصوم عن المرضع إذا خافت على نفسها أو ولدها، ونظائره كثيرة. وقد يفرق بأن هذا واجب له مطالب من العباد ط (قوله: لها الخيار) أي لعدم الكفاءة. واعترضه بعض مشايخ مشايخنا بأن الخيار للعصبة.
قلت: وهو موافق لما ذكره الشارح أول باب الكفاءة من أنها حق الولي لا حق المرأة لكن حققنا هناك أن الكفاءة حقهما، ونقلنا عن الظهيرية: لو انتسب الزوج لها نسبا غير نسبه فإن ظهر دونه وهو ليس بكفء فحق الفسخ." (١)

"ترزق من بيت المال بحر عن تلخيص الجامع (قادرة على الحيلولة بينهما) وفي المجتبى الأفضل الحيلولة بستر، ولو فاسقا فبامرأة. قال: ولهما أن يسكنا بعد الثلاث في بيت واحد إذا لم يلتقيا التقاء الأزواج، ولم يكن فيه خوف فتنة انتهى. وسئل شيخ الإسلام عن زوجين افترقا ولكل منهما ستون سنة وبينهما أولاد تتعذر عليهما مفارقتهم فيسكنان في بيتهم **ولا يجتمعان** في فراش ولا يلتقيان التقاء الأزواج هل لهما ذلك؟ قال: نعم، وأقره المصنف.

(أبانها، أو مات عنها في سفر) ولو في مصر (وليس بينها) وبين مصرها مدة سفر رجعت ولو بين مصرها مدته وبين مقصدها أقل مضت (وإن كانت تلك) أي مدة السفر (من كل جانب) منهما ولا يعتبر ما في ميمنة وميسرة، فإن كانت في مفازة (خيرت) بين رجوع ومضي (معها ولي، أو لا في الصورتين، والعود أحمد) لتعد في منزل الزوج (و) لكن (إن مرت) بما يصلح للإقامة كما في البحر وغيره. زاد في النهر: وبينه وبين مقصدها
ـــــــQبخلاف المفاوز زيلعي، وأفاد أن معنى قدرتها على الحيلولة إمكان الاستغاثة. (قوله: ترزق من بيت المال) لأنها مشغولة تمنع الزوج حقا لله تعالى احتياطا لأمر الفروج، فكانت نفقتها في ماله تعالى ذخيرة من النفقات. (قوله: وفي المجتبى إلخ) حيث قال: والأفضل أن يحال بينهما في البيتوتة بستر إلا أن يكون فاسقا فيحال بامرأة ثقة، وإن تعذر فلتخرج هي وخروجه أولى اهـ ملخصا، وفيه مخالفة لما مر، فإن السترة لا بد منها كما عبر المصنف تبعا للهداية، وهو الظاهر لحرمة الخلوة بالأجنبية. (قوله: وسئل شيخ الإسلام) حيث أطلقوه ينصرف إلى بكر المشهور بخواهر زاده، وكأنه أراد بنقل هذا تخصيص ما نقله عن المجتبى بما إذا كانت السكنى معها لحاجة، كوجود أولاد يخشى ضياعهم لو سكنوا معه، أو معها، أو كونهما كبيرين لا يجد هو من يعوله ولا هي من يشتري لها، أو نحو ذلك والظاهر أن التقييد بكون سنهما ستين سنة وبوجود الأولاد مبني على كونه كان كذلك في حادثة السؤال كما أفاده ط. .

(قوله: رجعت) سواء كانت في مصر، أو غيره وهذا إذا كان المقصد مدة سفر بحر أي فيجب الرجوع لئلا تصير مسافرة في

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣/٥٠١

العدة بلا محرم، بخلاف ما إذا لم يكن بينها وبين المقصد مدة سفر فإنها تخير على إحدى الروايتين لعدم السفر فافهم (قوله: ولو بين مصرها إلخ) هذه عكس المسألة الأولى. (قوله: مضت) أي إلى المقصد، لأن في رجوعها إنشاء سفر. (قوله: وإن كانت تلك إلخ) هذه مسألة ثالثة، وفي حكمها عكسها، وهو ما إذا لم يكن مدة سفر من الجانبين فتخير، والرجوع أحمد، وهذا على ما في الكافي، أما على ما في النهاية وغيرها فيتعين الرجوع كما في البحر ولم يرجح أحدهما على الآخر، ويظهر لي أرجحية الثاني لأن فيه قطع السفر وهو أولى من إتمامه إلا إذا لزم من قطعه إنشاء سفر آخر كما في المسألة الثانية.

ثم رأيت صاحب الفتح قال إنه الأوجه وإنه مقتضى إطلاق صاحب الهداية الرجوع في المسألة الأولى أي حيث لم يقيدها بما قيده في البحر. (قوله: ولا يعتبر ما في ميمنة وميسرة) أي من الأمصار، أو القرى لأنه ليس وطنا ولا مقصدا، ففي اعتباره إضرار بها. (قوله: في الصورتين) أي صورة تعيين الرجوع وصورة التخيير. (قوله: لتعتد إلخ) لأنهما حيث تساويا في مدة السفر كان في العود مرجح وهو حصول الواجب الأصلي فكان أولى وإنما لم يجب لعدم التوصل إليه إلا بمسيرة سفر. (قوله: ولكن إن مرت) أي في المضي، أو العود بحر. والأنسب في التعبير أن يقول: وإن كانت في مصر تعتد ثمة ليكون مقابلا لقوله وإن كانت في مفازة ثم يقول: وكذا إن مرت بما يصلح للإقامة فتأمل ط. (قوله: وبينه) أي بين ما مرت به مما يصلح للإقامة وبين مقصدها الذي كانت ذاهبة إليه، وانظر ما فائدة هذه الزيادة، لأن فرض المسألة المرور على ذلك في رجوعها إلى مصرها، أو مضيها وبين الجانبين مدة سفر، ثم رجعت.." (١)

"أو سرق جوالقا) بضم الجيم (فيه متاع وربه يحفظه أو نائم عليه) أو بقربه (أو أدخل يده في صندوق غيره أو) في (جيبه أو كمه فأخذ المال قطع) في الكل. والأصل أن الحرز إن أمكن دخوله فهتكه بدخوله وإلا فبإدخال اليد فيه والأخذ منه.

[فروع]

سرق فسطاطا منصوبا لم يقطع ولو ملفوفا أو في فسطاط آخر قطع فتح. أخرج من حرز شاة لا تبلغ نصابا فتبعها أخرى لم يقطع. سرق مالا من حرز فدخل آخر وحمل السارق بما معه قطع المحمول فقط سراج.

(قال أنا سارق هذا الثوب قطع إن أضاف) لكونه إقرارا بالسرقة (وإن نونه) ونصب الثوب (لا) يقطع لكونه عدة لا إقرارا درر.

ـــــــــــــــــمنه بيده ما قيمته عشرة دراهم فصاعدا، فلو خرج الشيء بنفسه ثم أخذه لا يقطع؛ لأن الإخراج من الحرز شرط قهستاني. وفي حاشية نوح أفندي قيد بالأخذ من الحمل؛ لأنه إذا لم يأخذ منه بالذات بل أخذ من الأرض ما سقط منه بسبب شقه لا يقطع؛ لأنه لم يأخذ من الحرز اهـ ومثله في اليعقوبية. قلت: ويشكل عليه ما لو نقب فدخل وألقى شيئا في الطريق ثم أخذه فإنه يقطع كما مر، إلا أن يجاب بأن الإلقاء في الطريق هناك معتاد كما مر، بخلافه هنا فتأمل (قوله أو

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥٣٨/٣

سرق جوالقا إلخ) معناه إذا كان الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق والمفازة والمسجد ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه فتح (قوله بضم الجيم) أي مع فتح اللام وكسرها وبكسر الجيم واللام: الوعاء المعروف وجمعه جوالق كصحائف وجواليق وجوالقات قاموس ونحوه في الصحاح، وفيهما أن القاف والجيم **لا يجتمعان** في كلمة إلا معربة أو صوتا (قوله وربه يحفظه) أي يحفظ المسروق من الحيوان والحمل والمتاع مالكه أو غيره قهستاني: أي فلا يلزم أن يكون الحافظ رب الجمل أو الحمل ابن كمال. وأفاد أن هذه الجملة الحالية قيد في مسألة القطار أيضا، وهو ما أفاده الشارح أولا بقوله وإن كان معها حافظ، وهذا بخلاف مسألة الشق فقد قال السيد أبو السعود إنه يجب فيها القطع مطلقا، فإن الجوالق غير محرز، فاعتبر الحافظ وما فيه محرز به، ففي شقه وأخذ ما فيه يقطع وإن لم يكن معه حافظ للأخذ من الحرز، وفي أخذه بجملته لا يقطع إلا أن يكون معه من يحفظه، وكأنهم إنما تركوا التنبيه على ذلك لوضوحه اهـ ملخصا (قوله أو بقربه) أي بحيث يراه كما مر (قوله أو أدخل يده) وكذا لو أدخل شيئا آخر يعلق بالمتاع قهستاني (قوله في صندوق) بالضم وقد يفتح جمعه صناديق كعصفور وعصافير قاموس. وفي المصباح أن الفتح عامي (قوله أو في جيبه) جيب القميص ونحوه بالفتح: طوقه قاموس، وكذا قال في المصباح: جيب القميص بالفتح ما على النحر والجمع أجياب وجيوب، والمراد بالجيب هنا ما يشق بجانب الثوب لتحفظ فيه الدراهم، وهل إطلاق الجيب عليه عربي أو عرفي حموي. وفي حاشية أبي السعود أن الأخذ من العمامة أو الحزام كالأخذ من الجيب (قوله أو كمه) أي بأن وضع شيئا في داخل الكم من غير ربط وإلا فهي مسألة الطر تأمل (قوله فهتكه) الهتك: الخرق والشق

[فروع سرق فسطاطا منصوبا]

(قوله فسطاطا) هو الخيمة (قوله لم يقطع) ؛ لأنه ليس محرزا، بل ما فيه محرز به فلذا قطع فيما فيه دونه فتح.

ونظيره ما لو سرق الجوالق كما مر (قوله ولو ملفوفا) أي ولو كان ملفوفا عنده يحفظه فتح (قوله قطع) أي إذا أخذه من حرز هو مكان أو حافظ (قوله فتبعها أخرى) أي خرجت من الحرز بنفسها من غير سوقه ولا إخراجه (قوله قطع المحمول فقط) ؛ لأنه لا عبرة للحامل، ألا ترى أن من حلف أن لا يحمل طبقا فحمل حامل الطبق لم يحنث جوهرة.

قلت: ولذا لو جلس على المصلي طائر عليه نجاسة لا تفسد صلاته، ومثله صبي يستمسك بنفسه، بخلاف من لا يستمسك؛ لأن المصلي يصير حاملا للصبي والنجاسة

(قوله لكونه إقرارا بالسرقة إلخ) المسألة منقولة." (١)

"من أراضي مصر أجرة لا خراج فما يفعل الآن من الأخذ من الفلاح وإن لم يزرع ويسمى ذلك فلاحة وإجباره على السكنى في بلدة معينة يعمر داره ويزرع الأرض حرام بلا شبهة نهر ونحوه في الشرنبلالي معزيا للبحر حيث قال: وتقدم أن مصر الآن ليست خراجية بل بالأجرة فلا شيء على من لم يزرع ولم يكن مستأجرا، ولا جبر عليه بتسييبها، فما يفعله الظلمة من الإضرار به حرام خصوصا إذا أراد الاشتغال بالعلم، وقالوا لو زرع الأخس قادرا على الأعلى كزعفران فعليه

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ١٠٢/٤

خراج الأعلى وهذا يعلم ولا يفتى به كي لا يتجرأ الظلمة.

(باع أرضا خراجية إن بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فعليه الخراج وإلا فعلى البائع) عناية.

(ولا يؤخذ العشر من الخارج من أرض الخراج) لأنهما لا يجتمعان خلافا للشافعي

(ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لو موظفا وإلا) بأن كان خراج مقاسمة (تكرر) لتعلقه بالخارج حقيقة (كالعشر) فإنه

ـــــــيدفعها لغيره مزارعة أو بالأجرة أو يبيعها ولم يقولوا بإجبار صاحبها، وأما ثانيا فلما مر من أن الأراضي الشامية خراجها مقاسمة لا وظيفة فلا يجب بالتعطيل أصلا، وأما ثالثا فلأنها لما صارت لبيت المال صار المأخوذ منها أجرة بقدر الخراج، والأجرة لا تلزم هنا بدون التزام، إما بعقد الإجارة أو بالزراعة. قال الخير الرملي في حاشية البحر أقول: رأيت بعض أهل العلم أفتى بأنه إذا رحل الفلاح من قريته ولزم خراب القرية برحيله أنه يجبر على العود وربما اغتر به بعض الجهلة، وهو محمول على ما إذا رحل لا عن ظلم وجور ولا عن ضرورة بل تعنتا وأمر السلطان بإعادته للمصلحة وهي صيانة القرية عن الخراب، ولا ضرر عليه في العود، وأما ما يفعله الظلمة الآن من الإلزام بالرد إلى القرية مع التكاليف الشاقة والجور المفرط فلا يقول به مسلم، وقد جعل الحصني الشافعي في ذلك رسالة أقام بها الطامة على فاعل ذلك فارجع إليها إن شئت (قوله كي لا يتجرأ الظلمة) قال في العناية: ورد بأنه كيف يجوز الكتمان وأنهم لو أخذوا كان في موضعه لكونه واجبا أجيب بأنا لو أفتينا بذلك لادعى كل ظالم في أرض ليس شأنها ذلك أنها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك، وهو ظلم وعدوان. اهـ.

(قوله باع أرضا خراجية إلخ) هذا إذا كانت فارغة لكن اختلفوا في اعتبار ما يتمكن المشتري من زراعته، فقيل: الحنطة والشعير، وقيل أي زرع كان وفي أنه هل يشترط إدراك الريع بكماله أولا. وفي واقعات الناطفي أن الفتوى على تقديره بثلاثة أشهر، وهذا منه اعتبار لزرع الدخن وإدراك الريع فإن ريع الدخن يدرك في مثل هذه المدة. وأما إذا كانت الأرض مزروعة فباعها مع الزرع، فإن كان قبل بلوغه فالخراج على المشتري مطلقا، وإن بعد بلوغه وانعقاد حبه فهو كما لو باعها فارغة، ولو كان لها ريعان خريفي وربيعي وسلم أحدهما للبائع والآخر للمشتري فالخراج عليهما، ولو تداولتها الأيدي ولم تمكث في ملك أحدهما ثلاثة أشهر فلا خراج على أحد. اهـ.
من التتارخانية ملخصا (قوله عناية) لم أجده فيها وإنما عزاه في البحر إلى البناية وهي شرح الهداية للعيني

(قوله ولا يؤخذ العشر إلخ) أي لو كان له أرض خراجها موظف لا يؤخذ منها عشر الخارج وكذا لو كان خراجها مقاسمة من النصف ونحوه وكذا لو كانت عشرية لا يؤخذ منها خراج لأنهما لا يجتمعان، ولذا لم يفعله أحد من الخلفاء الراشدين، وإلا لنقل وتمامه في الفتح

(قوله ولا يتكرر الخراج إلخ) قال في الفتح: فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن، وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فإذا عطلها لا يؤخذ شيء. اهـ.

قلت: ومن ذلك أن الخراج يسقط بالموت وبالتداخل كالجزية وقيل لا كالعشر وسيأتي تمام الكلام عليه." (١)

"لا النكاح؛ لأنه معبر محض بزازية وفي المجمع: لو أجاز أحد المالكين خير المشتري في حصته وألزمه محمد بها.

(سمع أن فضوليا باع ملكه فأجاز، ولم يعلم مقدار الثمن فلما علم رد البيع فالمعتبر إجازته) لصيرورته بالإجازة كالوكيل حتى يصح حطه من الثمن مطلقا بزازية.

(اشترى من غاصب عبدا فأعتقه) المشتري (أو باعه فأجاز المالك) بيع الغاصب (أو أدى الغاصب) الضمان إلى المالك على الأصح هداية (أو) أدى (المشتري الضمان إليه) على الصحيح زيلعي (نفذ الأول) وهو العتق (لا الثاني) وهو البيع

ـــــــQنفسه فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر عليه فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته. (قوله: لا النكاح) أي ليس للفضولي في النكاح الفسخ بالقول ولا بالفعل؛ لأنه معبر محض، فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي. وفي النهاية أن له الفسخ بالفعل، بأن زوج رجلا امرأة ثم أختها قبل الإجازة فهو فسخ للأول، وفي الخانية خلافه بحر ملخصا. (قوله: خير المشتري في حصته) أي حصة المجيز؛ لأن المشتري رغب في شرائه ليسلم له جميع المبيع، فإذا لم يسلم يخير لكونه معيبا بعيب الشركة، وألزمه محمد بها؛ لأنه رضي بتفريق الصفقة عليه لعلمه أنهما قد **لا يجتمعان** على الإجازة شرح المجمع.

(قوله: فالمعتبر إجازته) ولو بدأ بالرد ثم أجاز فالمعتبر ما بدأ به رملي على الفصولين. (قوله: مطلقا) أي علم المالك بالثمن أو لم يعلم. وأجاب صاحب الهداية أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة فله الخيار بين الرضا والفسخ بحر عن البزازية. [فرع] في الفصولين: أمره ببيعه بمائة دينار فباعه بألف درهم فقال المالك قبل العلم: أجزت جاز بألف درهم وكذا النكاح، لا لو قال أجزت ما أمرتك به. برهن المالك على الإجازة ليس له أخذ الثمن من المشتري إلا إذا ادعى أن الفضولي وكله بقبضه، مات العبد في يد المشتري ثم ادعى المالك الأمر أو الإجازة، فإن قال كنت أمرته صدق، ولو قال بلغني فأجزته لم يصدق إلا ببينة، وكذا لو زوج الكبيرة أبوها ومات زوجها فطلبت الإرث وادعت الأمر أو الإجازة.

(قوله: اشترى من غاصب عبدا) لو قال من فضولي لكان أولى؛ لأنه إذا لم يسلم المبيع لم يكن غاصبا مع أن الحكم كذلك، ولعله إنما ذكره لأجل قوله أو باعه فإن بيع العبد قبل قبضه فاسد أفاده في البحر: وصورة المسألة زيد باع عبد رجل بلا

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ١٩٢/٤

إذنه من عمرو فأعتق عمرو العبد أو باعه من بكر فأجاز المالك بيع زيد أو ضمنه أو ضمن عمرا المشتري وهو المعتق نفذ عتق عمرو إن كان أعتقه، وأما إن كان باعه فلا ينفذ البيع. (قوله: فأجاز المالك بيع الغاصب) قيد به؛ لأنه لو أجاز بيع المشتري منه وهو بيع عمرو لبكر جاز. قال في جامع الفصولين رامزا للمبسوط: لو باعه المشتري من غاصب ثم وثم حتى تداولته الأيدي فأجاز مالكه عقدا من العقود جاز ذلك العقد خاصة لتوقف كلها على الإجازة، فإذا أجاز عقدا منها جاز ذلك خاصة. اهـ. وبه ظهر أن بيع المشتري من الغاصب موقوف. وأما ما في البحر والنهر عن النهاية والمعراج من أنه باطل فهو مخالف لما في جامع الفصولين وغيره من الكتب كما حرره الخير الرملي في حاشية البحر. (قوله: أو أدى الغاصب الضمان إلى المالك على الأصح هداية) وتبعه في البناية، خلافا لما في الزيلعي من أنه لا ينفذ بأداء الضمان من الغاصب وينفذ بأدائه من المشتري أفاده في البحر. (قوله: نفذ الأول) هذا عندهما. وقال محمد لا يجوز عتقه أيضا؛ لأنه لم يملكه. (قوله: وهو البيع) أي بيع المشتري من الغاصب أما بيع الغاصب فإنه ينفذ بإجازة المالك وكذا بالتضمين. وفي جامع الفصولين: وإنما يجوز لو تقدم سبب ملكه." (١)

"ودار بلا بيان ما يعمل فيها) لصرفه للمتعارف (و) بلا بيان (من يسكنها) فله أن يسكنها غيره بإجارة وغيرها كما سيجيء (وله أن يعمل فيهما) أي الحانوت والدار (كل ما أراد) فيتد ويربط دوابه ويكسر حطبه ويستنجي بجداره ويتخذ بالوعة إن لم تضر ويطحن برحى اليد وإن به ضر به يفتى قنية (غير أنه لا يسكن) بالبناء للفاعل أو المفعول (حدادا أو قصارا أو طحانا من غير رضا المالك أو اشتراطه) ذلك (في) عقد (الإجارة) ؛ لأنه يوهن البناء فيتوقف على الرضا.

(وإن اختلفا في الاشتراط فالقول للمؤجر) كما لو أنكر أصل العقد (وإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر) لإثباتها الزيادة خلاصة.

وفيها استأجر للقصارة فله الحدادة إن اتحد ضررهما، ولو فعل ما ليس له لزمه الأجر، وإن انهدم به البناء ضمنه ولا أجر؛ لأنهما **لا يجتمعان**. (وله السكنى بنفسه وإسكان غيره بإجارة وغيرها) وكذا كل ما لا يختلف بالمستعمل

ـــــــQمبدلة عن هاء وقيل فعلوت كملكوت. وهو كما في القاموس: دكان الخمار والخمار نفسه يذكر ويؤنث والنسبة إليه حاني وحانوتي. وفسر الدكان به أيضا، فقال كرمان: الحانوت جمعه دكاكين معرب، وعليه فهما مترادفان والمراد به ما أعد ليباع فيه مطلقا (قوله بلا بيان ما يعمل فيها) أي في هذه الأماكن وهي الحانوت والدار فأطلق الجمع على ما فوق الواحد تأمل. (قوله لصرفه للمتعارف) وهو السكنى وأنه لا يتفاوت منح. (قوله فله أن يسكنها غيره) أي ولو شرط أن يسكنها وحده منفردا سرى الدين وهذا في الدور والحوانيت ط ومثله عبد الخدمة فله أن يؤجره لغيره، بخلاف الدابة والثوب، وكذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل كما في المنح. (قوله فيتد) مضارع من باب المثال أي يدق الوتد ح. (قوله ويربط دوابه) أي في موضع أعد لربطها؛ لأن ربطها في موضع السكنى إفساد كما في غاية البيان.

قال السائحاني: وينتفع ببئرها ولو فسدت لم يجبر على إصلاحها ويبني التنور فيها فلو احترق به شيء لم يضمن: قلت: إلا

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ١١٦/٥

إذا فعله في محل لا يليق به كقرب خشب مقدسي اهـ. (قوله ويكسر حطبه) ينبغي تقييده أخذا مما قبله ومما بعده بأن يكون بمحل لا يحصل به إضرار بالأرض وما تحتها من مجرى الماء.
ثم رأيت الزيلعي قال: وعلى هذا له تكسير الحطب المعتاد للطبخ ونحوه؛ لأنه لا يوهن البناء، وإن زاد على العادة بحيث يوهن البناء فلا إلا برضا المالك، وعلى هذا ينبغي أن يكون الدق على هذا التفصيل اهـ. (قوله ويطحن برحى اليد وإن ضر به يفتى قنية) لم أر هذه المسألة في القنية، بل رأيت ما قبلها.
وأما هذه فقد ذكرها في البحر معزوة للخلاصة، وتبعه المصنف في المنح وتبعهما الشارح وفيه سقط، فإن الذي وجدته في الخلاصة هكذا: لا يمنع من رحى اليد إن كان لا يضر، وإن كان يضر يمنع وعليه الفتوى، ومثله في الشرنبلالية عن الذخيرة. (قوله بالبناء للفاعل أو المفعول) سهو منه، وإنما هو بفتح الياء من الثلاثي المجرد أو بضمها من الرباعي وحدادا حال على الأول ومفعول به على الثاني ح.
ووجه كونه سهوا أنه بالبناء للفاعل على الوجهين. (قوله؛ لأنه يوهن إلخ) قال الزيلعي: فحاصله أن كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها إلا بإذن صاحبها، وكل ما لا ضرر فيه جاز له بمطلق العقد واستحقه به. (قوله فيتوقف على الرضا) أي رضا المالك أو الاشتراط: وفي أبي السعود عن الحموي: يفهم منه أنه لو كان وقفا ورضي المتولي بسكناه لا يكون كذلك. (قوله كما لو أنكر أصل العقد) فإن القول له: أي فكذا إذا أنكر نوعا منه ط.

(قوله ولو فعل ما ليس له) أي وقد انقضت المدة، أما لو مضى بعضها هل يسقط أجره أو يجب؟ يحرر ط عن القدسي. (قوله ولا أجر) أي فيما ضمنه نهاية، وأما الساحة." (١)

"لما مر أن التقييد غير مفيد (وإن سمى نوعا أو قدرا ككر بر له حمل مثله وأخف لا أضر كالملح) والأصل أن من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفاها أو مثلها أو دونها جاز، ولو أكثر لم يجز، ومنه تحميل وزن البر قطنا لا شعيرا في الأصح.

(ولو أردف من يستمسك بنفسه وعطبت الدابة يضمن النصف) ولا اعتبار للثقل؛ لأن الآدمي غير موزون، وهذا (إن كانت) الدابة (تطيق حمل الاثنين وإلا فالكل) بكل حال (كما لو حمله) الراكب (على عاتقه) فإنه يضمن الكل (وإن كانت تطيق حملهما) لكونه في مكان واحد (وإن كان) الرديف
ـــــــQكان ظاهرا لكن قد يقال معنى كلامهم أن له أن يسكن غيره في بقية بيوت الدار؛ لأنه إذا سكن في بيت منها وترك الباقي خاليا يلزم الضرر لعدم تفقده من وكف المطر ونحوه بما يخربها تأمل. (قوله لما مر) أي أول الباب

(قوله ككر بر) الكر قدر والبر نوع.
والكر: ستون قفيزا. وثمانية مكاكيك.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٢٨/٦

والمكوك: صاع ونصف فيكون اثني عشر وسقا مصباح، وهذا عند أهل بغداد والكوفة ط عن الحموي. (قوله له حمل مثله) أي في الضرر بشرط التساوي في الوزن، وما في الدرر من قوله وإن تساويا في الوزن.

قال الشرنبلالي: الواو فيه زائدة. (قوله مقدرة) أي معينة قدرا فدخل فيه زراعة الأرض إذا عين نوعا للزراعة له أن يزرع مثله أخف لا أضر كما في البحر. (قوله أو مثلها) كما لو حمل كر بر لغيره بدل كر بر.

قال في البحر: وغلط من مثل بالشعير للمثل؛ لأنه يلزم عليه أنه لو استأجرها لحمل كر شعير له أن يحمل حنطة، وليس كذلك؛ لأنه فوقه. (قوله أو دونها) ككر شعير بدل كر بر؛ لأنه أخف وزنا. (قوله ومنه) أي مما لم يخرج (قوله لا شعيرا في الأصح) أي لو عين قدرا من الحنطة فحمل مثل وزنه شعيرا جاز، فلا يضمن لو عطبت استحسانا وهو الأصح؛ لأن ضرر الشعير في حق الدابة عند استوائها وزنا أخف من ضرر الحنطة؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فيكون أخف عليها بالانبساط، بخلاف إذا حمل مثل وزن الحنطة قطنا؛ لأنه يأخذ من ظهرها أكثر من الحنطة وفيه حرارة فكان أضر عليها من الحنطة، فصار كما إذا حمل عليها تبنا أو حطبا، وكذا لو حمل مثل وزنها حديدا أو ملحا؛ لأنه يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها، فحاصله متى كان ضرر أحدهما فوق ضرر الآخر من وجه لا يجوز وإن كان أخف ضررا من وجه آخر، كذا أفاده الزيلعي. أقول: ولم يذكر ما يضمن في هذه الأوجه.

وحاصل ما في البدائع أن الخلاف الموجب للضمان إما في الجنس أو في القدر أو الصفة.

فالأول كما إذا استأجرها لحمل كر شعير فحمل كر حنطة يضمن كل القيمة؛ لأنها جنس آخر وأثقل فصار غاصبا ولا أجر؛ لأنهما لا يجتمعان.

والثاني كما إذا استأجرها ليحمل عشرة أقفزة حنطة فحمل أحد عشر، فإن سلمت لزم المسمى وإلا ضمن جزءا من أحد عشر جزءا من قيمتها.

والثالث كما إذا استأجرها ليحمل مائة رطل قطن فحمل مثل وزنه أو أقل حديدا يضمن قيمتها؛ لأن الضرر ليس للثقل فلم يكن مأذونا، ولا أجر لما قلنا وسيأتي تمامه

(قوله ولو أردف) الرديف: من تحمله خلفك على ظهر الدابة، واحترز به عما لو أقعده في السرج ويأتي الكلام فيه. (قوله يضمن النصف) أي سواء كان أخف أو أثقل إتقاني؛ لأن ركوب أحدهما مأذون فيه دون الآخر وعليه الأجرة؛ لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة، غير أن الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب لها الأجر بدائع. (قوله ولا اعتبار للثقل) أي فلا يضمن بقدر ما زاد وزنا، فصار كحائط بين شريكين أثلاثا أشهد على أحدهما فوقعت منه آجرة على رجل فعلى المشهد عليه نصف الدية وإن كان نصيبه من الحائط أقل من النصف؛ لأن التلف ما حصل بالثقل بل بالجرح والجراحة اليسيرة كالكثيرة في الضمان، كمن جرح إنسانا جراحة وجرحه آخر جراحتين فمات ضمنا نصفين بدائع. (قوله بكل حال) أي وإن كان لا يستمسك ط. (قوله لكونه في مكان واحد)." (١)

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣٦/٦

"صغيرا لا يستمسك يضمن بقدر ثقله) كحمله شيئا آخر ولو من ملك صاحبها كولد الناقة لعدم الإذن، وليس المراد أن الرجل يوزن بل أن يسأل أهل الخبرة كم يزيد، ولو ركب على موضع الحمل ضمن الكل لما مر؛ وكذا لو لبس ثيابا كثيرة، ولو ما يلبسه الناس ضمن بقدر ما زاد مجتبى.

(وإذا هلكت بعد بلوغ المقصد وجب جميع الأجر) لركوبه بنفسه (مع التضمين) أي لنصف القيمة لركوب غيره؛ ثم إن ضمن الراكب لا يرجع، وإن ضمن الرديف رجع لو مستأجرا من المستأجر وإلا لا، قيد بكونها عطبت؛ لأنها لو سلمت لزم المسمى فقط وبكونه أردفه،؛ لأنه لو أقعده في السرج صار غاصبا فلا أجر عليه بحر عن الغاية، لكن في السراج عن المشكل ما يخالفه، فليتأمل عند الفتوى.

وكيف في الأشباه وغيرها أن الأجر والضمان **لا يجتمعان**.

ــــــــQفيكون أشق على الدابة زيلعي. (قوله صغيرا لا يستمسك) محترز قوله من يستمسك، وانظر هل الكبير الذي لا يستمسك كالصغير. (قوله بقدر ثقله) ذكره الزيلعي والأتقاني، وهو مخالف للتعليل السابق تأمل، والعلة أنه لعدم استمساكه اعتبر كالحمل إتقاني، وعليه فالكبير العاجز مثله فليراجع. (قوله كحمله شيئا آخر) أي فإنه يضمن بقدر الزيادة إذا لم يركب على موضع الحمل. (قوله وليس المراد إلخ) جواب عما يقال: قدر الزيادة المحمولة لا تعرف إلا بعد وزنها ووزن الرجل، فيخالف ما مر من أن الآدمي غير موزون. (قوله لما مر) أي من كونهما في مكان واحد. (قوله وكذا لو لبس ثيابا كثيرة) أي يضمن الكل لو لبس أكثر مما كان عليه وقت الاستئجار وكان مما لا يلبسه عادة كذا يفهم من المجتبى. (قوله لركوبه بنفسه) أشار به مع ما بعده إلى ما قاله في البحر.

لا يقال: كيف اجتمع الأجر والضمان.

؛ لأنا نقول: إن الضمان لركوب غيره والأجر لركوبه بنفسه وسيأتي إيضاحه (قوله لركوب غيره) أي لو ممن يستمسك وإلا فقد تقدم التصريح بأنه يضمن بقدر ثقله لا النصف فافهم. (قوله إن ضمن الراكب) أراد بالراكب المستأجر. (قوله لا يرجع) أي على الرديف؛ لأنه ملكها بالضمان فصار الرديف راكبا دابته بإذنه فلا رجوع عليه سواء كان الرديف مستأجرا منه أو مستعيرا رحمتي (قوله رجع) أي على الراكب؛ لأنه غره في ضمن عقد المعارضة، بخلاف ما لو كان مستعيرا فلا رجوع له؛ لأنه لم يضمن له السلامة حيث لم يكن بينهما عقد رحمتي. (قوله وإلا لا) أي وإلا يكن الرديف مستأجرا من المردف بل كان مستعيرا (قوله؛ لأنها لو سلمت) أي في جميع الصور ط. (قوله عن الغاية) أي غاية البيان.

ونصها: هذا إذا أردفه حتى صار الأجنبي كالتابع له، فأما إذا أقعده في السرج صار غاصبا ولم يجب عليه شيء من الأجر؛ لأنه رفع يده عن الدابة وأوقعها في يد متعدية فصار ضامنا والأجر لا يجامع الضمان اهـ، وعزاه إلى شرح الكافي للإسبيجابي. (قوله لكن في السراج إلخ) فإنه قال: قوله تأردف رجلا معه خرج مخرج العادة،؛ لأن العادة أن المستأجر يكون أصلا ولا يكون رديفا، إذ المستأجر لو جعل نفسه رديفا وغيره أصلا فحكمه كذلك اهـ، أي فيجب عليه أيضا النصف لو تطيق مع لزوم الأجر كما مر عن البدائع، ولولا تطيق فالكل، وحيث جعله في الغاية مقابلا للأول وصرح بأنه لم يجب عليه شيء من الأجر فهو صريح في المخالفة خلافا لمن وهم. (قوله فليتأمل عند الفتوى) إشارة إلى إشكاله، فلا ينبغي الإقدام على الإفتاء

به قبل ظهور وجهه. (قوله كيف وفي الأشباه إلخ) استبعاد لما في السراج وبيان لوجه التوقف عند الفتوى فإنه مخالف للقاعدة المذكورة. (قوله **لا يجتمعان**) أي وهنا لما صار غاصبا وضمن ملكه مستندا فإذا ألزمناه الأجر بارتزاقه لزم اجتماعهما لوجوب الأجر فيما ملكه.

والفرق بينه وبين ما لو أردف غيره أنه هنا لما أخرجها من يده صار غاصبا، كما لو استأجرها ليركب بنفسه فأركب غيره." (١)

"أو أي شيء يزرعها) فسدت إلا أن يعم، بخلاف الدار لوقوعه على السكنى كما مر، وإذا فسدت، (فزرعها فمضى الأجل) عاد صحيحا (فله المسمى) استحسانا، وكذا لو لم يمض الأجل لارتفاع الجهالة بالزراعة قبل تمام العقد.

قلت: فلو حذف قوله فمضى الأجل كقاضي خان في شارح الجامع لكان أولى

(وإن استأجر حمارا إلى بغداد ولم يسم حمله فحمله المعتاد فهلك) الحمار (لم يضمن) لفساد الإجارة، فالعين أمانة كما في الصحيحة (فإن بلغ فله المسمى) لما مر في الزراعة (فإن تنازعا قبل الزرع) في مسألة الزراعة (أو الحمل) في مسألتنا (فسخت الإجارة دفعا للفساد) لقيامه بعد.

(استأجر دابة ثم جحد الإجارة في بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار، ولا يجب لما بعده) عند أبي يوسف؛ لأنه بالجحود صار غاصبا والأجر والضمان **لا يجتمعان**، وعند محمد يجب المسمى درر وكأنه

ـــــــQالأجرة على المستأجر رحمتي (قوله أو أي شيء يزرعها) أي أو ذكر أنه يزرعها ولم يذكر أي شيء يزرع. (قوله كما مر) أي أول باب ما يجوز من الإجارة، وهذه المسألة في الحقيقة تصريح بمفهوم قوله هناك وأرض للزراعة إلخ (قوله عاد صحيحا) كذا في الملتقى والغرر والإصلاح والمنح: واعترضه في الشرنبلالية بأن صحة العقد لا تتوقف على مضي الأجل بعد الزراعة بل إذا زرع ارتفعت الجهالة اهـ.

أقول: إنما ذكره ليفرع عليه قوله فله المسمى، فإنه لو بقي فاسدا وجب أجر المثل. (قوله وكذا لو لم يمض الأجل) أي يعود صحيحا، وهو إشارة إلى ما قدمناه عن الشرنبلالي، ومنشأ الاعتراض زيادة قوله عاد صحيحا، وإنما ذكره ثم اعترضه؛ لأن المصنف ذكره في تقرير شرح متنه فكان مرادا له.

وقد يدفع الاعتراض بأن عوده صحيحا بعد الزرع ومضي الأجل صحيح أي بعد مجموع هذين الشيئين فليس فيه ما يقتضي توقف عوده صحيحا على مضي الأجل فتأمل. (قوله قبل تمام العقد) أي قبل تمام مدته، وقول العناية قبل تمام العقد بنقض الحاكم مما لا تقبله الفطرة السليمة فإنه ينفسخ من الأصل بنقض الحاكم فكيف يتم به وتمام الشيء من آثار بقائه طوري.

(قوله كقاضي خان) وعبارته: فإن زرعها فله ما سمى من الأجر؛ لأنه عاد جائزا وهذا استحسان؛ لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حساب حدوث المنفعة، والفساد كان لأجل الجهالة فإذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الساعة كالارتفاع في وقت العقد فيعود جائزا.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/٣٧

(قوله فحمله المعتاد) خرج غير المعتاد فيضمن إن هلك كما في الأتقاني. (قوله لفساد الإجارة إلخ) كذا في الدرر والمنح، والأولى قول الهداية؛ لأن العين أمانة وإن كانت الإجارة فاسدة. (قوله لما مر في الزراعة) أي من ارتفاع الجهالة قبل تمام العقد، وظاهره أنها تنقلب صحيحة بمجرد حمل المعتاد قبل بلوغه إلى بغداد وبه صرح الأتقاني، وتقدم في كلام الشارح في باب ما يجوز من الإجارة حيث قال: ولو لم يبين من يركبها فسدت للجهالة وتنقلب صحيحة بركوبها اهـ وهو مخالف لما تقدم عن الهداية آنفا تأمل. (قوله فسخت) أي أبطلها القاضي؛ لأن العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله ذخيرة. (قوله دفعا للفساد) الأولى رفعا بالراء مكان دفعا بالدال؛ لأن الفساد قائم يحتاج إلى الرفع لا غير قائم حتى يحتاج إلى الدفع فافهم إتقاني. (قوله لقيامه بعد) أي في الحال ط.

(قوله والأجر والضمان **لا يجتمعان**) أي أجر ما بعد الجحود مع ضمان الدابة لو هلكت بعد الجحود ح.
قلت: وأما أجر ما قبل الجحود فيجب وإن هلكت بعده ولا يلزم اجتماعهما لاختلاف الجهة كما مر نظيره تأمل (قوله وعند محمد يجب المسمى) أي إن سلمت الدابة. قال المقدسي في شرح الكنز: وأوجب محمد الأجر؛ لأنه سلم من الاستعمال فسقط الضمان كذا في التبيين وشروح المجمع. وأنت خبير بأن المسألة السابقة ونظائرها تؤيد ما قال ح.." [(١)]

"فلا يضمن كدفع الوديعة حال الغرق. وقالا إن كان الراعي مشتركا ضمن، ولو خلط الغنم إن أمكنه التمييز لا يضمن. والقول له في تعيين الدواب أنها لفلان، إن لم يمكنه ضمن قيمتها يوم الخلط والقول له في قدر القيمة عمادية؛ وليس للراعي أن ينزي على شيء منها بلا إذن ربها، فإن فعل فعطبت ضمن وإن نزى بلا فعله فلا ضمان جوهرة.

(ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة) لمشقته (إلا بشرط) ؛ لأن الشرط أملك عليك أم لك، وكذا لو عرف بالسفر؛ لأن المعروف كالمشروط (بخلاف العبد الموصى بخدمته فإن له أن يسافر به مطلقا) ؛ لأن مؤنته عليه (ولو) (سافر) المستأجر (به فهلك) (ضمن) قيمته؛ لأنه غاصب (ولا أجر عليه وإن سلم) ؛ لأن الأجر والضمان **لا يجتمعان**.
وعند الشافعي له أجر المثل.

(ولا يسترد مستأجر من عبد) أو صبي (محجور) أجرا دفعه إليه (ل) أجل (عمله) لعودها بعد الفراغ صحيحة
ـــــــQعن بصره لتقصيره في حفظه لعدم المنع، وعلى هذا لو جاء به إلى الخباز واشتغل بشراء الخبز فضاع لو غاب عن بصره ضمن وإلا فلا خلاصة. وفي الخانية: إذا غيبها عن نظره لا يكون حافظا لها وإن ربطها بشيء (قوله فلا يضمن) أي إجماعا لو خاصا، ولو مشتركا فكذلك عنده منح. (قوله ضمن) ؛ لأنه ترك الحفظ بعذر يمكن الاحتراز عنه. قال في الذخيرة: ورأيت في بعض النسخ لا ضمان عليه فيما ندت إذا لم يجد من يبعثه لردها أو يبعثه ليخبر صاحبها بذلك، وكذا لو تفرقت فرقا ولم يقدر على اتباع الكل؛ لأنه ترك الحفظ لعذر، وعندهما يضمن اهـ. قال في البزازية؛ لأنه تعذر طمعا في

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/٦١

الأجر الوافر بتقبل الكثير (قوله يوم الخلط) ؛ لأنه يوم الاستهلاك

(قوله ولا يسافر بعبد) أي بل يخدمه في المصر وقراه فيما دون السفر ط عن البزازية. (قوله لمشقته) أي لمشقة السفر ولأن مؤنة الرد على المولى ويلحقه ضرر بذلك فلا يملكه إلا بإذنه زيلعي (قوله إلا بشرط) أو يرضى به بعده ط. (قوله؛ لأن الشرط أملك) أي أشد ملكا وأدخل في الاتباع فهو أفعل تفضيل من المبني للفاعل أو المفعول: أي أشد مالكية أو مملوكية بالنظر لمن اشترطه أو لمن اشترط عليه ط. (قوله عليك) متعلق بمحذوف حال من الضمير في أملك ط (قوله أم لك) فيه الجناس التام اللفظي كقوله:

إذا ملك لم يكن ذا هبه ... فدعه فدولته ذاهبه

(قوله وكذا لو عرف بالسفر) أي وكان متهيئا له كما في التبيين. (قوله بخلاف العبد الموصى بخدمته) مثله المصالح على خدمته ط عن سري الدين. (قوله مطلقا) أي سواء شرط السفر به أم لا منح. (قوله؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان) أي في حالة واحدة، فلو أوجبنا الأجر عند السلامة وأوجبنا الضمان عند الهلاك في سفره لاجتمعا في حالة واحدة وهي حالة السفر

ط. (قوله من عبد أو صبي) أي آجر نفسه بلا إذن مولى أو ولي. (قوله أجرا) مفعول يسترد، والمراد به أجر المثل في الصورتين كما في التبيين عن النهاية. (قوله لعودها بعد الفراغ صحيحة) ؛ لأنه محجور عن التصرف الضار لا النافع ولذا جاز قبوله الهدية بلا إذن، وجواز الإجارة بعد ما سلم من العمل تمحض نفعا لحصول الأجر بلا ضرر فصح قبضه الأجرة؛ لأنه العاقد فلا يملك المستأجر الاسترداد زيلعي ملخصا. قال ط وهذا التعليل يقتضي لزوم المسمى اهـ. وإذا هلك المحجور من العمل: إن كان صبيا فعلى عاقلة المستأجر ديته وعليه الأجر فيما عمل قبل الهلاك، وإن كان عبدا فعليه قيمته ولا أجر عليه فيما عمل له؛ لأنه إذا ضمن قيمته صار مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه كفاية ملخصا. قال الزيلعي: فإن أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الإجارة ولا خيار للعبد، فأجر ما مضى للمولى وما يستقبل للعبد، وإن آجره المولى ثم أعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فإن فسخ الإجارة فأجر ما مضى للمولى." (١)

"كما يفيده إطلاقهم وعليه فيطلب الفرق بين الكتابة والنكاح بعد القبض، وقد نقله المصنف عن شيخه بحثا كما سنذكره لكن في الشرنبلالية عن المواهب التصريح بتقييد الكتابة بكونها قبل القبض فليحرر. قلت: ثم وقفت على البرهان شرح مواهب الرحمن فلم أر القيد المذكور فتدبر (ثم ينفسخ برضاها فيجوز له الوطء بلا استبراء) لزوال ملكه بالكتابة ثم يجدده بالتعجيز لكن لم يحدث ملك حقيقة فلم يوجد سبب الاستبراء وهذه أسهل الحيل تتارخانية

(له أمتان) لا يجتمعان نكاحا (أختان) أم لا (قبلهما) فلو قبل أو وطئ إحداهما

ـــــــQزائدتان، وإلا لو كانتا للطلب ووهب له أمة كاملة من غير طلب لم يحنث فليتأمل، ويجب الاستبراء لاستحداث

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/٧٣

الملك واليد اهـ ط (قوله كما يفيده إطلاقهم) أقول إنما يستفاد ذلك من الإطلاق لو لم يعارضه ما هو أقوى منه وهو ما صرح به في الهداية من أنه يجتزأ بحيضة حاضتها بعد القبض، وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية وعجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب، وهو استحداث الملك واليد اهـ فهو صريح في وجوب الاستبراء إذا كاتبها بعد القبض، ووجهه ظاهر فيحمل ما هنا على ما قبل القبض موافقة لمقتضى القواعد وتوفيقا بين الكلامين (قوله والنكاح) الأولى الإنكاح اهـ ح (قوله كما سنذكره) في قوله لزوال ملكه بالكتابة إلخ.

وعبارة المصنف عن شيخه، ولعل وجهه أنه بالكتابة خرجت عن يد السيد حيث صارت حرة يد وصارت أحق بأكسابها فصار كأن الملك قد زال بالكتابة. ثم تجدد بالتعجيز ولكن لم يحدث فيه ملك الرقبة حقيقة، فلم يوجد السبب الموجب للاستبراء ويرشحه قول النهاية إن الأمة إذا لم تخرج عن ملك المولى ولكنها خرجت من يده ثم عادت إليه لا يجب الاستبراء اهـ ملخصا. أقول: لو صح هذا الفرق بطل كلام الهداية السابق الذي أقره الشراح، وكيف وقد وجد السبب الموجب للاستبراء، وهو استحداث الملك، وباليد بعض القبض وبالكفاية زالت اليد فقط الموجبة لحل الوطء، وبقي ملك الرقبة فهو مثل ما إذا زوجها بعد القبض، وليس في كلام النهاية ما يفيد ذلك، بل قد يدعى أنه دليل على خلاف مدعاه، لأنه يدل على أن زوال اليد غير معتبر أصلا ولذا قال في النهاية بعد كلامه السابق، ومن نظائر ذلك ما إذا كاتب أمته، ثم عجزت أو باعها على أنها بالخيار، ثم أبطل البيع لا يلزمه الاستبراء، فقد فرض كلامه في أمة ثابتة في ملكه ويده إذا كاتبها أو باعها، ثم ردت إلى يده لا يلزمه الاستبراء فانظر بعين الإنصاف هل يفيد محل النزاع، وهو أنه إذا اشتراها وقبضها فكاتبها سقط عنه الاستبراء كيف، ولو أفاد ذلك لأفاد أن البيع بالخيار كالكتابة ولم يقل به أحد فيما أعلم (قوله لكن في الشرنبلالية إلخ) حيث قال وهي أن يكاتبها المشتري ثم يقبضها فيفسخ برضاها كذا في المواهب وغيرها، وهي أسهل الحيل خصوصا إذا كانت على مال كثير أو منجم بقريب فتعجز نفسها اهـ.

(قوله قلت إلخ) قد يقال إن الشرنبلالي قال كذا في المواهب وغيرها فعبارته مجموعة من عدة كتب فإن كان صاحب المواهب لم يصرح بالقيد يمكن أن غيره صرح به اهـ ط. أقول: بل لو لم يصرح به أحد فالمعنى عليه كما علمت (قوله لزوال ملكه) أي تقديرا لأن الزائل حقيقة هو اليد

(قوله **لا يجتمعان** نكاحا) أشار به إلى أن المراد ذلك فذكر الأختين تمثيل لا تقييد لكن صار في ارتفاع أختان بالألف ركاكة تأمل قال ط: وظاهره يشمل الأم وبنتها وعليه نص القهستاني مع أنه إذا قبلهما بشهوة وجبت حرمة المصاهرة فيحرمان عليه جميعا.

[فرع] لو تزوج أمة ولم يطأها فشرى أختها ليس له أن يستمتع بالمشتراة لأن الفراش ثبت بالنكاح فلو وطئها صار جامعا في الفراشية إتقاني (قوله قبلهما) لم يذكر المصنف الوطء لأن كتاب النكاح أغنانا عنه قهستاني." (١)

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣٧٩/٦

"ولو أراد كل من القاضيين عزل منصوب القاضي الآخر جاز إن رأى فيه المصلحة وإلا لا، وتمامه في وكالة تنوير البصائر معزيا للملتقطات وغيرها فليحفظ.

وفي وصايا السرج أو لم يعلم القاضي أن للميت وصيا فنصب له وصيا ثم حضر الوصي فأراد الدخول في الوصية فله ذلك ونصب القاضي الآخر لا يخرج الأول (إلا بشراء كفنه وتجهيزه والخصومة في حقوقه وشراء حاجة الطفل والاتهاب له وإعتاق عبد معين ورد وديعة وتنفيذ وصية معينتين)

ـــــــQقوله وتمامه إلخ) الذي ذكره في تنوير البصائر معزيا للملتقطات هو ما تقدم. ثم قال بعده. وفي قوله فكذا نائبه نظر ظاهر، لما تقرر أن وصي القاضي نائب عن الميت لا عن القاضي حتى تلحقه العهدة، بخلاف أمين القاضي لأنه نائب عنه فلا تلحقه العهدة، ومقتضى ما ذكره من أن وصي القاضي نائب عنه أن لا يكون القاضي محجورا عن التصرف في مال اليتيم، والمنقول أنه محجور عن التصرف مع وجود وصيه ولو منصوبه بخلافه مع أمينه، ومقتضاه أيضا أن لا يملك القاضي شراء مال اليتيم من وصي نصبه، كما لو كان أمينه، والحكم بخلافه كما في غالب كتب المذهب اهـ

(قوله ونصب القاضي الآخر لا يخرج الأول) والوصي هو الأول دون وصي القاضي لأنه اتصل به اختيار الميت كما إذا كان القاضي عالما اهـ كذا في حاشية أبي السعود على الأشباه عن المحيط.

أقول: بقي أن تصرف الثاني بغيبة الأول هل هو نافذ؟ والظاهر نفاذه لو الغيبة منقطعة. وفي الأشباه: ولا ينصب القاضي وصيا مع وجوده: أي وصي الميت إلا إذا غاب غيبة منقطعة أو أقر لمدعي الدين اهـ والغيبة، المنقطعة، أن يكون في موضع لا تصل إليه القوافل كما في حاشية أبي السعود.

وفي الولوالجية: ادعى رجل دينا على الميت والوصي غائب ينصب القاضي خصما عن الميت، ألا ترى أنه لو كان حاضرا وأقر بالدين ينصب القاضي خصما عن الميت ليصل المدعي إلى حقه لأن إقرار الوصي على الميت لا يجوز ولا يملك المدعي أن يخاصم الوصي فيما أقر به اهـ (قوله إلا بشراء كفنه إلخ) هذه المسائل مستثناة من بطلان انفراد أحد الوصيين للضرورة (قوله وتجهيزه) لو اقتصر عليه لكفاه عما قبله قال في التبيين لأن في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضا في الحضر والرفقة في السفر اهـ ط (قوله والخصومة) وجه الانفراد فيها أنهما **لا يجتمعان** عليها عادة، ولو اجتمعا لم يتكلم إلا أحدهما غالبا درر (قوله وشراء حاجة الطفل) أي ما لا بد له منه كالطعام والكسوة إتقاني لأن في تأخيره لحوق ضرر به منح (قوله والاتهاب له) أي قبول الهبة للطفل لأن في تأخيره خشية الفوات قهستاني، ولأنه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الأم ومن هو في عياله هداية (قوله وإعتاق عبد معين) لعدم الاحتياج فيه إلى الرأي، بخلاف إعتاق ما ليس بمعين فإنه محتاج إليه قهستاني، وقد أطلق قاضي خان العبد ولا مانع من حمله على المقيد أفاده ط.

أقول: والظاهر أن هذا كله فيما إذا أوصى بعتق عبد مجانا، فلو بمال احتاج إلى الرأي فلا بد من الاجتماع تأمل (قوله ورد وديعة) قيد به لأنه لا ينفرد بقبض وديعة الميت سائحاني عن الهندية (قوله وتنفيذ وصية) أي بعين أو بألف مرسلة ابن الشحنة؛ فلو احتاج إلى بيع شيء ليؤدي من ثمنه الوصية فلا إلا بإذن صاحبه إتقاني، وقوله معينتين نعت لوديعة ووصية.

قال القهستاني لأن لصاحب الحق أخذه بلا دفع الوصي اهـ.
وفي الظهيرية: أوصى بأن يتصدق بحنطة على الفقراء قبل أن ترفع الجنازة ففعل أحد الوصيين، إن كانت الحنطة في ملك الموصي جاز دفعه، وإلا فإن اشتراها فالحنطة للمشتري والصدقة عن نفسه.
وفي الولواجية: وعلى الخلاف إذا أوصى بأن يتصدق بكذا من ماله ولم يعين الفقراء فليس له الانفراد." (١)

"وإن أودع رجلان عند رجل وديعة ثم حضر أحدهما فطلب نصيبه منها لم يدفع إليه شيئا حتى يحضر الآخر، عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يدفع إليه نصيبه.
وإن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه، وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر.

لأن المالك تلزمه مؤنة الرد في ذلك، فالظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد، وظاهر الهداية ترجيح قولهما بتأخير دليلهما.
(وإن أودع رجلان عند رجل) وديعة من ذوات الأمثال (ثم حضر أحدهما) دون صاحبه (فطلب نصيبه منها لم يدفع إليه) : أي إلى الحاضر (شيئا) منها (حتى يحضر) صاحبه (الآخر عند أبي حنيفة) ، لأنه يطالبه بمفرز، وحقه في مشاع ولا يفرز إلا بالقسمة، وليس للمودع ولايتها (وقالا: يدفع إليه نصيبه) ؛ لأنه يطالبه بدفع نصيبه الذي سلمه إليه، قال في التصحيح: واعتمد قول الإمام المحبوبي والنسفي وأبو الفضل الموصلي وصدر الشريعة اهـ. قيدنا بذوات الأمثال لأنها لو كانت من القيميات لا يدفع إليه اتفاقا، على الصحيح، كما في الهداية والفيض.
(وإن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم) مثليا كان أو قيميا (لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر) ، لأن المالك لم يرض بحفظ أحدهما لكله (ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه) ، لأنه لما أودعهما مع علمه أنهما لا يقدران على ترك أعمالهما واجتماعهما أبدا في مكان واحد للحفظ كان راضيا بقسمتها وحفظ كل واحد للنصف دلالة، والثابت دلالة كالثابت بالنص (وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر) ، لأن المالك يرضى بيد كل منهما على كله، لعلمه أنهما لا يجتمعان عليه أبدا." (٢)

"إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا.
فإذا التعنا فرق القاضي بينهما، وكانت الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: تحريم مؤبد، وإن كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه،

إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا) ، وإنما خص الغضب في جانبها لأن النساء يتجاسرن باللعن، فإنهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا، كما ورد به الحديث، فاختير الغضب لتتقي ولا تقدم عليه.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٧٠٤/٦
(٢) اللباب في شرح الكتاب الميداني، عبد الغني ١٩٩/٢

(فإذا التعنا فرق القاضي بينهما) ولا تقع الفرقة حتى يقضي بها على الزوج فيفارقها بالطلاق، وإن امتنع من ذلك فرق القاضي بينهما، ومالم يقض بالفرقة فالزوجية قائمة: فيلحقها الطلاق، والظهار، والإيلاء، ويجري بينهما التوارث، كما في الجوهرة (وكانت الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد) لأنها بتفريق القاضي كما في العنين، ولها النفقة والسكنى في عدتها، ويثبت نسب ولدها إلى سنتين إن كانت معتدة، وإن لم تكن معتدة فإلى ستة أشهر. جوهرة (وقال أبو يوسف) : يقع (تحريم مؤبد) ، لقوله عليه الصلاة والسلام: (المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا) ولهما أن الإكذاب رجوع، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها، **ولا يجتمعان** ما كانا متلاعنين، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان. هداية، قال الإسبيجاني: والصحيح قولهما تصحيح (وإن كان القذف) من الزوج (بولد) أي بنفي نسب ولدها (نفى القاضي نسبه) عن أبيه (وألحقه بأمه) ويشترط في نفي الولد: أن تكون المرأة من أهل الشهادة من حين العلوق إلى حين الوضع، حتى لو كانت حين الوضع (١) كتابية أو أمة ثم أسلمت أو عتقت لا ينتفي ولدها، لأنها لما علقت وليست من أهل اللعان ثبت نسب ولدها ثبوتا لا يلحقه الفسخ، فلا يتغير بعد ذلك بتغير حالها كما في الجوهرة

---

(١) كذا، ولعله (لو كانت حين العلوق) ليتفق مع قوله: لأنها لما علقت - الخ.." (١)

"ولا عشر في الخارج من أرض الخراج.

والجزية على ضربين: جزية توضع بالتراضي والصلح، فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق، وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب على الكفار وأقرهم على أملاكهم، فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منه في كل شهر أربعة دراهم.

يؤدون خراجها؛ فدل ذلك على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم، من غير كراهة، اهـ.

(ولا عشر في الخارج من أرض الخراج) ؛ لأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا، والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا، والوصفان **لا يجتمعان** في أرض واحدة، وسبب الحقين واحد - وهو الأرض النامية - إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا، ولهذا يضافان إلى الأرض، وتمامه في الهداية.

(والجزية) بالكسر - وهي: اسم لما يؤخذ من أهل الذمة؛ لأنها تجزئ من القتل: أي تعصم، والجمع جزى كلحية ولحى (على ضربين) الضرب الأول (جزية توضع بالتراضي والصلح) قبل قهرهم والاستيلاء عليهم (فتقدر بحسب) أي بقدر (ما يقع عليه الاتفاق) ، لأن الموجب هو التراضي، فلا يجوز التعدي إلى غيره، تحرزا عن الغدر بهم (و) الضرب الثاني (جزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب) الإمام (على الكفار) واستولى عليهم (وأقرهم على أملاكهم) لما مر أنه مخير في عقارهم (فيضع

---

(١) اللباب في شرح الكتاب الميداني، عبد الغني ٧٧/٣

على الغني الظاهر الغنى) وهو من يملك عشرة آلاف درهم فصاعدا (في كل سنة ثمانية وأربعين درهما) منجمة على الأشهر (يأخذ في كل شهر أربعة دراهم) وهذا لأجل التسهيل عليه، لا بيان للوجوب، لأنه بأول الحول كما." (١)

"لله على صوم يوم النحر قال يفطر ويقضي وإن نوى يمينا فعليه يمين وقال أبو يوسف (رحمه الله) إذا قال لله علي أن أصوم يوم النحر وأراد يمينا كان يمينا خاصا وإن قال لله علي صوم هذه السنة افطر يوم

لأن المنذر به منهي عنه وإنا نقول بلى هو منهي ولكن لغيره فلا يمنع صحة النذر

قوله فعليه يمين هذه المسئلة على ستة أوجه إن نواهما وهو النذر واليمين جميعا كانا نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف كان نذرا خاصة وإن نوى اليمين لا غير كان نذرا ويمينا وعندهما وقال أبو يوسف كان يمينا خاصة وإن نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا كان يمينا خاصة بالإجماع وإن نوى النذر لا غير أو نوى النذر وأن لا يكون يمينا أو لم ينو شيئا كان نذرا خاصة فالحاصل أن أبا يوسف أبي الجمع بين النذر واليمين لأن هذا الكلام للنذر حقيقة ولليمين مجاز والحقيقة مع المجاز لا يجتمعان تحت كلمة واحدة فإن نواهما فالحقيقة أولى بالاعتبار لأن الحقيقة معتبر في موضعه والمجاز معتبر في غير موضعه والشيء الواحد لا يكون في موضعه وفي غير موضه وإن نوى اليمين لا غير تعين المجاز فلا تبقى الحقيقة مرادة ولهما أن في النذر معنى اليمين فإنه فيه إيجاب الصوم على نفسه إلا أن في النذر إيجاب الصوم لنفسه وفي اليمين إيجاب الصوم لغيره وهو أن لا يصير هاتكا حرمة اسم الله (تعالى) وهذا المعنى لا ينافي النذر إلا أنه غير معتبر فإذا نواه فقد اعتبره فيلزمه الكفارة وهذا ليس جمعا بين الحقيقة والمجاز وإنما هذا عمل بالشبهين كالهبة بشرط العوض بيع انتهاء هبة ابتداء والإقالة فسخ في حق العاقدين وبيع جديد في حق الثالث وليس طريقهما طريق الجمع بين الحقيقة والمجاز وإنما طريقها العمل بالدليلين فكذا هذا

قوله فلا شيء عليه وروى عن أبي يوسف ومحمد أنه عليه القضاء." (٢)

"وقال أبو يوسف (رحمه الله) لا يجتمعان نصراني له أخت مسلمة لا يجبر على نفقتها رجل اشترى أمة فلم يقبضها حتى حاضت فعليه أن يستبرئها بحيضة أخرى والله اعلم

قوله لا يجتمعان اعتمد أبو يوسف على ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ولهما أن اللعان شهادة بطلب الرجوع والشهادة متى بطلت يجعل كأن لم يكن

قوله لا يجبر لأن نفقة غير الوالدين والمولودين بناء على الوراثية بالنص ولا وراثة بين الكافر والمسلم فلا يستحق النفقة

---

(١) اللباب في شرح الكتاب الميداني، عبد الغني ٤/١٤٣

(٢) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير اللكنوي، أبو الحسنات ص/١٤٢

قوله بحيضة أخرى لأن الاستبراء يجب على مالك الجارية بملك اليمين اذا اراد الوطئ فكان سببه ارادة الوطئ بملك اليمين وذلك لا يتصور إلا بعد القبض فلا ينوب الأول منابه." (١)

"لهما نصب الأوصياء فالحكم كذلك، ويؤيده ما ذكره من التعليل.

أفاده ط.

قوله: (وتمامه الخ) الذي ذكره في تنزير البصائر معزيا للملتقطات هو ما تقدم.

ثم قال بعده: وفي قوله: فكذا نائبه نظر ظاهر، لما تقرر أن وصي القاضي نائب عن الميت لا عن القاضي حتى تلحقه العهدة، بخلاف أمين القاضي لأنه نائب عنه فلا تلحقه العهدة، ومقتضى ما ذكره من أن وصي القاضي نائب عنه أن لا يكون القاضي محجورا عن التصرف في مال اليتيم، والمنقول أنه محجور عن التصرف مع وجود وصيه ولو منصوبه بخلافه مع أمينه، ومقتضاه أيضا أن لا يملك القاضي شراء مال اليتيم من وصي نصبه، كما لو كان أمينه، والحكم بخلافه كما في غالب المذهب اه.

قوله: (ونصب القاضي لآخر لا يخرج الأول) والوصي هو الأول دون وصي القاضي لأنه اتصل به اختيار الميت كما إذا كان القاضي عالما اه.

كذا في حاشية أبي السعود على الأشباه عن المحيط.

أقول: بقي أن تصرف الثاني بغيبة الأول هل هو نافذ؟ والظاهر نفاذه لو الغيبة منقطعة.

وفي الأشباه: ولا ينصب القاضي وصيا مع وجوده: أي وصي الميت إلا إذا غاب غيبة منقطعة أو أقر لمدعي العين اه.

والغيبة المنقطعة: أن يكون في موضع لا تصل إليه القوافل كما في حاشية أبي السعود.

وفي الولوالجية: ادعى رجل دينا على الميت والوصي غائب ينصب القاضي خصما عن الميت، ألا ترى أنه لو كان حاضرا وأقر بالدين ينصب القاضي خصما عن الميت ليصل المدعي إلى حقه، لأن إقرار الوصي على الميت لا يجوز ولا يملك المدعي أن يخاصم الوصي فيما أقر به اه.

قوله: (إلا بشراء كفنه إلخ) هذه المسائل مستثناة من بطلان انفراد أحد الوصيين للضرورة.

قوله: (وتجهيزه) لو

اقتصر عليه لكفاه عما قبله.

قال في التبيين: لأن في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضا في الحضر والرفقة في السفر هـ ط.

---

(١) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير اللكنوي، أبو الحسنات ص/٢٤٣

قوله: (والخصومة) وجه الانفراد فيها أنهما **لا يجتمعان** عليها عادة، ولو اجتمعا لم يتكلم إلا أحدهما غالبا.

درر.

قوله: (وشراء حاجة الطفل) أي ما لابد له منه كالطعام والمسوة.

إتقاني لان في تأخير لحوق ضرر به.

منح.

قوله: (والاتهاب له) أي قبول الهبة للطفل لأن في تأخيره خشية الفوات.

قهستاني، ولأنه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الأم ومن هو في عياله.

هداية.

قوله: (وإعتاق عبد معين) لعدم الاحتياج فيه إلى الرأي، وبخلاف إعتاق ما ليس بمعين فإنه محتاج إليه.

قهستاني.

وقد أطلق قاضيخان العبد ولا مانع من حمله على المقيد.

أفاده ط.

أقول: والظاهر أن هذا كله فيما إذا أوصى بعتق عبد مجانا، فلو بمال احتاج إلى الرأي فلا بد من الاجتماع.

تأمل.

قوله: (ورد وديعة) قيد به، لأنه لا ينفرد بقبض وديعة الميت.

سائحاني عن الهندية،

قوله: (وتنفيذ وضية) أي بعين أو بألف مرسلة.

ابن الشحنة.

فلو احتاج إلى بيع شئ ليؤدي من ثمنه الوصية فلا إلا بإذن صاحبه.

إتقاني.

وقهل: معنيتين نعت لوديعة ووصية.

قال القهستاني: لأن لصاحب الحق أخذه بلا دفع الوصي اه.." (١)

"البادئ بالانكار) لانه يطالب أولا بالثمن وهو ينكره، ولاحتمال أن ينكل فتتعجل فائدة نكوله بإلزامه الثمن، ولو بدأ بيمين البائع فنكل تأخرت مطالبته بتسليم المبيع حتى يستوفي الثمن، وهذا ظاهر في التحالف في الثمن، أما في المبيع

---

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٢٨٩/٧

مع الاتفاق على الثمن فلا يظهر، لأن البائع هو المنكر فالظاهر البداءة به، ويشهد له ما سيأتي أنه إذا اختلف المؤجر والمستأجر في قدر المدة بدئ بيمين المؤجر، وإلى ذلك أومأ القهستاني وبحث مثل هذا العلامة الرملي.

قوله: (هذا) أي البدء بيمين المشتري.

قوله: (مقايضة) وهي بيع سلعة بسلعة.

قوله: (أو صرفا) هو بيع ثمن بثمن.

قوله: (فهو مخير) لان كلا منهما فيهما مشتر من وجه فاستويا فيخير القاضي، ولانهما يسلمان معا فلم يكن أحدهما سابقا.

قوله: (وقيل يقرع ابن ملك) هذا راجع إلى ما قبل فقط لا إلى المقايضة والصرف لانه لم يحك فيهما خلافا.
قال العيني: وبدأ بيمين المشتري عند محمد وأبي يوسف وزفر وهو رواية عن أبي حنيفة، وعليه الفتوى، وعن أبي يوسف أنه يبدأ بيمين البائع وهو رواية عن أبي حنيفة، وقيل يقرع بينهما في البداءة اه.

قوله: (ويقتصر على النفي) بأن يقول البائع والله ما باعه بألف ويقول المشتري والله ما اشتراه بألفين ولا يزيد الاول ولقد بعته بألفين ولا يزيد الثاني ولقد باعني بألف، لان الايمان على ذلك وضعت، ألا ترى أنه اقتصر عليه في القسامة بقولهم ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا.
والمعنى: أن اليمين تجب على المنكر وهو النافي فيحلف على هيئة النفي إشعارا بأن الحلف وجب عليه لانكاره، وإنما وجب على البائع والمشتري، لان كلا منهما منكر.

قوله: (في الاصح) إشارة إلى تضعيف ما في الزيادات بضم الاثبات إلى النفي تأكيدا، وعبارته: يحلف البائع بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف.
قال في المنح: والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت.

قوله: (بطلب أحدهما) وهو الصحيح، لانهما لما حلفا لم يثبت مدعي كل منهما فبقي بيعا بثمن مجهول، فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة.
وفرع عليه في المبسوط بقوله: فلو وطئ المشتري الجارية المبيعة بعد التحالف، وقبل الفسخ يحل لانها لم تخرج عن ملكه ما لم يفسخ القاضي.
درر.

وفسخ القاضي ليس بشرط، حتى لو فسخاه انفسخ، لان الحق لهما، وظاهره أن فسخ أحدهما لا يكفي وإن اكتفى بطلبه. بحر وحموي.

وقوله في الدرر: لو وطئ المشتري الجارية الخ يفيد أن وطأه لا يمنع من ردها بعد الفسخ للتحالف، بخلاف ما لو ظهر بها عيب قديم بعد الوطئ حيث لا يملك ردها، وإنما يرجع بالنقصان إلا إذا وطئ لاختبار بكارتها فوجدها ثيبا ونزع من ساعته ولم يلبث اه.

فيفرق بين هذا واللعان، وهو أن الزوجين إذا تلاعنا فالقاضي يفرق بينهما طلبا التفريق أو لم يطلباه، لان حرمة المحل قد ثبتت شرعا للعان على ما قاله عليه الصلاة والسلام المتلاعنان **لا يجتمعان** أبدا وهذه الحرمة حق الشرع، وأما العقد وفسخه فحقهما بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تحالفا وترادا.

قوله: (أو طلبهما) لا
حاجة إليه لعلمه بالاولى.

قوله: (ولا ينفسخ بالتحالف) في الصحيح: أي بدون فسخ القاضي لانهما لما حلفا لم يثبت مدعاهما فيبقى بيعا مجهولا فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة، أو أنه لما لم يثبت بدل." (١)

"استبداله إذا وقع في يد غاصب.

نعم يلزم أن يجعله حينئذ بدل الموقوف، أما إذا كان من أهل الاستحقاق لغلة الوقف وأخذه ما أخذه بالمصالحة عوضا عن حقه في الغلة طاب له ذلك ما لم يتجاوز عن قدر استحقاقه منه.

تأمل.

وانظر ما تقدم في باب البيع الفاسد عن النهر عند قوله بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر.

قوله: (وبيع الوقف لا يصح) الظاهر أنه من قال يطيب له: أي يطيب له الاخذ ويجعله مكانا موقوفا لعجزه عن تحصيل الوقف بفقد البينة، ومن قال لا يطيب له أراد لا يطيب له التصرف فيه لانه بدل الوقف في زعمه فيكون له حكم الوقف. تأمل.

قوله: (فالثاني باطل) فلو ادعى دارا فأنكر ذو اليد فصالحه على ألف على أن يسلم الدار لذي اليد ثم برهن ذو اليد على صلح قبله
فالصلح الاول ماض والثاني باطل.
حموي.

---

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٧٩/٨

وهذا إذا كان الصلح على سبيل الإسقاط، أما إذا كان الصلح على عوض ثم اصطلحا على عوض آخر فالثاني هو الجائز ويفسخ الاول كالبيع.

نور العين عن الخلاصة.

وكذا نقله البيري عن الخلاصة عن المنتقى.

قلت: لكن استظهر سيدي الوالد رحمه الله تعالى أن الصلح على سبيل الإسقاط بمعنى، الإبراء، وبطلان الثاني ظاهر ولكنه بعيد الإرادة هنا، فالمناسب حمل الصلح على المتبادر منه، ويكون المراد به ما إذا كان بمثل العوض الأول بقرينة قوله كالبيع، وعليه فالظاهر أن حكمه كالبيع في التفصيل المار فيه كما ذكره في أول الدعوى.

قوله: (وكذا النكاح بعد النكاح) فلا يلزمه إلا المهر الاول، ولا ينفسخ العقد الاول إذ النكاح لا يحتمل الفسخ، والمسألة ذات خلاف، فقيل تجب التسمية الثانية، وقيل كل منها.

قال في جامع الفتاوى: تزوج امرأة بألف ثم تزوجها بألفين فالمهر ألفان، وقيل ألف.

وفي المنية: تزوج على مهر معلوم ثم تزوج على آخر تثبت التسميتان في الاصح، حموي.

قوله: (والحوالة بعد الحوالة) أي إذا صدرت حوالة عن شخص فقبلها، ثم إذا صدرت على شخص آخر فالثانية باطلة، لان الدين ثبت في ذمة الاول بالحوالة عليه فلا ينتقل بالحوالة الثانية على غيره كما ذكره ط.

واستفيد منه أن المحال عليه في الثانية غيره في الاولى، وبه صرح في الاشباه بقوله: الكفالة بعد الكفالة صحيحة لزيادة التوثق، بخلاف الحوالة فإنها نقل **فلا يجتمعان** كما في التنقيح.

قال الحموي: وهذا يخرج المسألة عن كونها من جزئيات القاعدة، إذ المتبادر من تجديد عقد البيع تجديده بالنسبة إلى البيع الاول بعينه والمشتري الاول بعينه، وكذا الكلام في الصلح بعد الصلح والكفالة بعد الكفالة، ووزانه في الحوالة اتحاد المحال عليه والمحال به في الحوالتين معا، وحينئذ لا ينتهض قوله لانها نقل **فلا يجتمعان**، وينبغي أن تصح الحوالة الثانية وتكون تأكيدا للاولى على طبق الكفالة، فتدبر ذلك اه.

وعليه فالمناسب في تصوير المسألة بأن يقال: بأن كان له على آخر ألف فأحال عليه بها شخصا ثم

أحال عليه بها شخصا آخر، أو كما تقدم بأن أحال زيد عمرا بدينه على بكر حوالة صحيحة ثم أحاله بها على بشر لا تصلح الحوالة الثانية، لان الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة، وحيث فرغت ذمة." (١)

"بالتقسيم، وما لا يقسم هو ما يتعيب بالتقسيم الحسي اه مكي.

قال السيد الحموي: وإذا لم تمكن القسمة فيما لا يقسم كان لهما التهايؤ في الحفظ.

كذا في الخلاصة.

---

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٣٧٢/٨

فلو دفعه زائدا على زمن التهايؤ ينظر اه.

قوله: (لجواز حفظ أحدهما بإذن الآخر) أقول: الصواب في التعليل أن يقول: لانه لما أودعهما مع علمه بأنهما **لا يجتمعان** على حفظها دائما كان راضيا بحفظ أحدهما.

قوله: (فدفعها إلى ما لا بد منه) من عياله وغيرهم كدفع الدابة إلى عبده وما يحفظه النساء إلى عرسه.

درر.

وهذا إنما يظهر في صورة ما إذا منعه عن الدفع إلى بعض معين من

عياله لا في النهي عن الدفع إلى العيال مطلقا، ثم عدم الضمان فيما إذا دفع إلى بعض عياله وقد نهى عن الدفع إليه، محله إذا كانت الوديعة مما يحفظ في يد من منعه.

أما لو كانت لا تحفظ عنده عادة فنهاه عن الدفع إليه فدفع ضمن، كما لو كانت الوديعة فرسا فمنعه من دفعها إلى امرأته أو عقد جوهر فمنعه من دفعه إلى غلامه ودفع ضمن.

أفاده الزيلعي.

ومن حوادث الفتوى: شرط على المودع الحفظ بنفسه فحفظ بزوجته هل يضمن للمخالفة أو لا؟ والذي يظهر من كلامهم عدم الضمان.

حموي.

وأقول: ينبغي أن يقيد عدم الضمان بالدفع إلى الزوجة بما إذا كانت الوديعة نحو عقد، فلو كانت نحو فرس ضمن.

أبو السعود.

وفيه: قوله وإن كان له منه بد هذه المسألة صادقة بصورتين.

الاولى أن تكون الوديعة شيئا خفيفا يمكن المودع الحفظ بنفسه كالخاتم فإنه يضمن بدفعه إلى عياله.

الثانية: أن يكون له عيال سوى من منعه من الدفع إليه.

بحر.

فإن قلت: هذا إنما يتجه أن لو منعه من الدفع إلى بعض معين من عياله وهو خلاف ما يستفاد من قول المصنف: ولو قال لا تدفع إلى عيالك.

قلت: مبنى هذا الاشكال ما هو المتبادر من أن قوله: وإن كان له منه بد مرتبط بقوله: ولو قال لا تدفع إلى عيالك وليس كذلك، ولهذا شرح العيني قول المصنف: أي الكنز وإن كان له منه بد بقوله بأن نهاه أن يدفعها إلى امرأته فلانة وله امرأة أخرى أو نهاه أن يسلمها إلى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه اه.

قوله: (لم يضمن) لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه لان التقييد غير مفيد، لان الدار حرز واحد بدليل أن السارق إذا

أخذ من بيت من الدار فنقل إلى بيت آخر لم يقطع لعدم هتك الحرز، والحرز الواحد لا فائدة في تخصيص بعضه دون بعض، وما لا فائدة في تخصيصه في الامر يسقط في الايداع، كما لو قال احفظها بيمينك دون شمالك أو ضعها في يمين البيت دون يساره، وكما لو قال في كيسك هذا فوضعها في غيره أو في الصندوق، أو احفظ في الصندوق ولا تحفظ في البيت فحفظ بالبيت فإنه لا يضمن.

لكن قد يفرق بين الحرز في السرقة والحرز في الوديعة، وذلك أن المعتبر في قطع السارق هتك الحرز وذلك لا يتفاوت باعتبار المحروزات، والمعتبر في ضمان المودع." [١]

"(المادة ٨٣) يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان.

(المادة ٨٤) المواعيد باكتساب صور التعاليق تكون لازمة

(المادة ٨٥) : الخراج بالضمان

(المادة ٨٦) : الأجر والضمان **لا يجتمعان**

(المادة ٨٧) : الغرم بالغنم

(المادة ٨٨) : النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة

(المادة ٨٩) : يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا.." [٢]

---

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٨/٥٠٢

(٢) مجلة الأحكام العدلية مجموعة من المؤلفين ص/٢٦